

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'EXTINCTION
DES DROITS RÉELS

PAR

LA PRESCRIPTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le mercredi 23 décembre 1896, à 3 heures.

PAR

Gustave LAFARGE

Avocat.

Président : MM. LÉON MICHEL, professeur.

*Suffragants { LARNAUDE, professeur.
LE POITTEVIN, professeur.*

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

1896

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'EXTINCTION
DES DROITS RÉELS

PAR

LA PRESCRIPTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le mercredi 23 décembre 1896, à 3 heures.

PAR

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Gustave LAFARGE

Avocat.

Président : MM. LÉON MICHEL, professeur.

*Suffragants { LARNAUDE, professeur.
LE POITTEVIN, professeur.*

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, rue Soufflot, 13

1896

BIBLIOGRAPHIE

- Rousseaud de Lacombe** : Recueil de jurisprudence civile, Paris, 1753.
- La Peyrère** : Décisions sommaires du Palais, Paris, 1749.
- Domat** : Lois civiles, Paris, 1767.
- Dunod de Charnage** : Traité des prescriptions, Paris, 1774.
- Lalaure** : Traité des servitudes réelles, Paris, 1777.
- Pothier** : OEuvres complètes, édition Berville, Paris, 1821-24.
- Vazeilles** : Traité de la prescription, Clermont-Ferrand, 1822.
- Bousquet** : Dictionnaire des prescriptions, Paris, 1843.
- Ducaurroy, Bonnier et Roustaing** : Commentaire théorique et pratique de droit civil, Paris, 1851.
- De Folleville** : De la jonction des possessions, Paris, 1851.
- Molitor** : De la possession, Gand, 1851.
- Troplong** : Des privilèges et hypothèques, Paris, 1851.
- Loché** : Observations du Tribunat.
- Proudhon** : Traité des droits d'usage des servitudes réelles de l'usufruit, annoté par Curasson, Dijon, 1836.
- Laurent** : Principes de droit civil, Bruxelles et Paris, 1869-1878.
- Toullier** : Droit civil français, Paris, 1824-1834.
- Aubry et Rau** : Cours de droit civil français, Paris, 1869.
- Pardessus** : Traité des servitudes ou services fonciers, Paris, 1820.
- Machelard** : Distinction des servitudes.

Duranton : Cours de droit français suivant le Code civil, Paris, 1834-1837.

Delvincourt : Cours de droit civil, Lyon et Paris, 1834.

Thézard : De la prescription des droits réels ou mobiliers, Revue critique, 1868.

De Loynes : De la prescription et des actes de pure faculté, Revue critique, juin 1889.

Demante et Colmet de Santerre : Cours analytique de droit civil.

Demolombe : Cours du Code Napoléon. Paris, 1859.

Glasson : Extinction des charges réelles par la prescription, Revue pratique, t. 34, 35, 36.

Zacchariæ : Cours de droit civil français, annoté par G. Massé et Ch. Vergé, 1854-1860.

Baudry-Lacantinerie : Précis du droit civil, Paris, 1896.

Marcadé : Explication théorique et pratique du Code Napoléon ; De la prescription, Paris, 1864.

Le Roux de Bretagne : Traité de la prescription en matière civile, Paris, 1869.

Thézard : De la prescription en matière d'usufruit et de servitudes, Poitiers, 1861.

Namuroy : Extinction de l'usufruit, Paris, 1858.

Grenier : Des Hypothèques.

INTRODUCTION

Tous les auteurs qui ont traité des droits réels, se sont attachés à faire ressortir leur caractère absolu et exclusif.

Le droit réel, dit Accarias, constitue un rapport direct entre la personne qui en est le sujet, et la chose qui en fait l'objet.

La déduction logique de ces principes eût dû conduire à décider que le droit, une fois né, se soutient par lui-même, et que l'intervention de la personne à qui il appartient n'est pas nécessaire pour lui conserver son existence.

Mais les considérations d'utilité générale et d'ordre social, qui ont amené le législateur à admettre les règles de la prescription, l'ont aussi conduit à consacrer sur ce point des dérogations aux principes.

Il pourra se faire, en effet, qu'un tiers usurpateur ou de bonne foi, jouisse de ce droit pendant un certain temps et avec les conditions requises par la loi pour pouvoir invoquer la prescription acquisitive ;

Que le titulaire d'une charge réelle la laisse, par

négligence ou autrement, éteindre par le non usage ;

Ou bien encore que l'acquéreur du fonds servant, de bonne foi ou *a non domino*, puisse libérer son bien par une prescription de dix à vingt années.

Dans tous ces cas, le possesseur légitime du droit réel s'en trouvera dépossédé, sans la moindre intervention de sa part.

Le législateur a pensé, et avec raison, qu'en favorisant ainsi le détenteur du droit, il arriverait à protéger le plus souvent le véritable propriétaire en lui évitant de fournir la preuve de son droit de propriété ou de celui de ses auteurs, dont la possession remonterait à plus de trente années ; et qu'en laissant éteindre des charges dont l'inutilité ressortait de l'inaction du bénéficiaire, il assurerait la liberté des héritages sans grand préjudice pour personne.

Nous venons donc de voir que le droit réel, malgré son caractère absolu, peut se trouver transféré ou détruit en dehors de toute manifestation de volonté, de la part de celui auquel il appartient.

C'est ce dernier effet extinctif de la prescription que nous allons examiner maintenant à l'encontre des divers droits réels que nous étudierons dans l'ordre suivant : La propriété et les droits qu'on y assimile, les servitudes réelles, les servitudes personnelles et les droits réels qu'un propriétaire peut consentir sur des biens à titre de gage.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

DE LA PROPRIÉTÉ.

La propriété constitue le droit réel le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose.

L'art. 544, nous dit que c'est le droit de jouir et disposer des choses, de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements.

Ce droit, en même temps qu'absolu, est aussi exclusif en ce sens que le propriétaire peut s'opposer à ce qu'un autre retire de sa chose un avantage quelconque, alors même que cela ne lui causerait personnellement aucun préjudice.

Enfin le droit de propriété est perpétuel, c'est-à-dire qu'il est encore absolu quant à sa durée.

Ce caractère le distingue des autres droits réels ;

A l'encontre de ce qui se passe pour ces derniers, il ne s'éteint pas par cela seul qu'il n'a pas été exercé.

Section I

Le droit de propriété ne s'éteint pas par la prescription.

Les facultés inhérentes à la propriété, disent MM. Aubry et Rau, sont de leur nature imprescriptibles en ce sens que le non usage ne suffit pas pour en entraîner l'extinction et qu'elles ne peuvent se perdre qu'indirectement par l'acquisition d'un droit contraire.

D'ailleurs, l'intérêt économique et social, les avantages pratiques qui ont déterminé les législateurs à consacrer la prescription acquisitive de la propriété, de même que les raisons qui leur ont fait admettre la prescription extinctive pour les autres droits réels ne trouvent plus ici leur application.

On ne voit pas en effet à qui pourrait profiter cette dernière, puisqu'elle ne suppose pas qu'un tiers ait retiré quelque utilité de la chose, objet du droit de propriété.

Personne n'a montré un intérêt quelconque à

dépouiller l'ancien propriétaire. Personne ne s'est approprié la chose par un travail personnel.

« L'extinction du droit manquerait de but et d'utilité » (Glasson, *Revue pratique de Droit français*, XXXIV, p. 354).

La prescription acquisitive n'éteint pas le droit de propriété ; elle le transporte à un nouveau titulaire et comme le fait observer Accarias, I, p. 202, « Sa transmission même, est une énergique affirmation de sa permanence », le droit en lui-même, subsiste, déplacé.

Ce principe de la perpétuité de la propriété est généralement admis en droit français tant par la doctrine que par la jurisprudence (Req. 25 avril 1855 ; Req. 13 juin 1865 ; Paris, 29 juin 1870).

Le plus récent arrêt que nous connaissions sur ce point (Grenoble, 27 déc. 1892 ; D. 94. 2. p. 429) décide formellement que « le propriétaire d'un terrain a le droit de rester inactif tant qu'il ne se sent pas menacé d'être évincé de sa propriété, et cette inaction prolongée pendant plus de 30 ans ne saurait le rendre non recevable à revendiquer son héritage, si pendant ce laps de temps aucune prescription n'a été acquise au profit d'un tiers ».

Nous ne croyons pas que ce principe de la perpétuité de la propriété soit atteint par la loi du 14 juillet 1866, sur la propriété artistique et littéraire.

Au moment où elle prend fin, elle cède à une véritable expropriation en faveur du domaine public et non à une extinction de la propriété individuelle par la prescription.

Les Romains avaient même exagéré ce principe de la perpétuité en décidant que la propriété ne saurait être transférée *ad tempus* (1).

C'était là une conséquence excessive du caractère de perpétuité.

Notre droit l'a répudiée. Dans un arrêt en date du 1^{er} avril 1884 (D. 84. 1. 34 ; 7S. 85), la Cour de cassation admet la possibilité d'un transport de propriété pour 75 ans. La jurisprudence admet aussi l'existence d'une propriété temporaire au profit du preneur à bail d'un terrain sur les constructions qu'il y a élevées.

§ II. — *L'action en revendication ne s'éteint pas non plus par prescription.*

Mais tout en décidant que le droit de propriété

1. C'est là du moins l'opinion d'un grand nombre d'auteurs (C. p. 1. Accarias, n° 202 t. I). D'autres ne l'admettent point (Petit, V. n° 160, 614, note 1). Cette divergence provient de la manière différente d'interpréter un texte des Frag. du Vatican, § 283.

En tous cas, du temps de Justinien, cette théorie est complètement abandonnée (L. II, C. *De donat, quæ sub. modo*. VII, 55).

est perpétuel, ne pourrait-on, établissant une distinction entre le droit lui-même et l'action qui lui sert de sanction, décider que cette dernière peut s'éteindre par la prescription extinctive de l'art. 2262.

La jurisprudence paraît incliner en ce sens et elle est suivie par un assez fort parti dans la doctrine.

Pour que la question se présente avec intérêt, il faut supposer que l'immeuble que l'on revendique se trouve entre les mains d'une personne qui ne peut invoquer la prescription acquisitive, mais qui peut se prévaloir de l'art. 2262.

Le cas précisément a été jugé devant la Cour de cassation le 5 mai 1879 (D. 1880, 1, p. 153). Une congrégation religieuse non autorisée se trouvait en possession d'un immeuble à la suite d'une vente remontant à plus de trente années. La vente était nulle comme faite à une personne n'ayant pas d'existence légale. Fallait-il admettre que la revendication n'était pas éteinte et pouvait s'exercer à l'encontre de cette congrégation. L'avocat général, M. Robinet de Cléry, combattit cette prétention en se basant sur la portée générale qu'il faut accorder à l'art. 2262.

M. Beudant semble partager cette opinion dans une note sous cet arrêt (*Sic*, Baudry-Lacantinerie, t. III, p. 1005, § 682).

Les arguments qu'invoquent ces auteurs ne nous paraissent pas péremptoires.

Ils s'appuient d'abord sur la généralité des termes de l'art. 2262. « Toutes les actions tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans. » Cette opinion, disent-ils, est encore confirmée par les travaux préparatoires du Code. M. Bigot de Préameneu, dans son exposé des motifs au titre de la Prescription, indique bien le désir d'arriver à une prescription uniforme pour toutes les actions. Mais il reste dans les généralités. Il en est de même de l'orateur du Tribunat au Corps législatif.

Ils n'indiquent pas, selon nous, qu'ils aient bien l'intention d'assimiler l'action en revendication aux autres actions réelles. Or, elle se présente dans des conditions bien différentes.

Le législateur, pour ne pas grever la propriété de charges inutiles, a bien pu décider l'extinction des charges réelles au bout de trente années de non usage.

Il a pu encore, sur une présomption de paiement, permettre l'extinction des charges personnelles, mais de pareils motifs n'ont pu le guider à propos de l'action en revendication.

Dans l'opinion de nos adversaires nous nous trouvons en face d'un propriétaire qui ne peut toucher à son bien et d'une personne qui n'a aucun droit sur la chose et à qui on ne peut l'enlever.

M. Baudry-Lacantinerie faire remarquer que le droit du propriétaire ne sera pas pour cela nécessairement inutile. Notamment qu'il pourra se faire maintenir en possession s'il vient à recouvrer son bien. Mais c'est là une hypothèse qui se présentera bien rarement, le détenteur le gardant avec d'autant plus de soin qu'il ne se sent pas en sécurité.

L'argument que nos adversaires tirent du texte de l'art. 2262 ne nous paraît pas non plus décisif. Il faut remarquer, en effet, que le législateur ne fixe nulle part, dans le Code, la durée de la prescription acquisitive à trente ans. Pour lui accorder ce délai, il faut décider nécessairement que l'art. 2262 s'applique aussi à cette prescription.

Dès lors nous dirons que lorsque le législateur parle dans cet article des actions personnelles il envisage la prescription extinctive, mais lorsqu'il parle des actions réelles, c'est la prescription acquisitive qu'il a en vue. Nous arriverons ainsi à concilier le texte de la loi avec son esprit (En ce sens Aubry et Rau, VIII, § 774).

Avant de passer à l'étude des autres droits réels, il convient d'examiner ici en peu de mots deux droits : la superficie et l'emphytéose, qui ne sont plus regardés aujourd'hui comme des droits distincts.

L'un se confond avec la propriété et l'autre avec le louage qui est un droit personnel.

Section II.

De la superficie.

A Rome la propriété du sol et celle de l'édifice qui y reposait n'étaient pas distinctes (L. 2, D. *de superficiebus*, XLIII, 18). Plus tard le préteur accorda une action utile au propriétaire de l'édifice qui n'était pas en même temps celui du sol.

Il l'assimilait à un propriétaire, et lui permettait de transmettre son droit, de le démembrer en grevant la maison d'une servitude ou d'un usufruit.

Dans notre ancien droit régnait la subdivision de la propriété en domaine direct et utile. Or, comme le fait remarquer M. Planiol, dans une note insérée au Dalloz, 92, II, 409, la plupart des terrains étaient loués à titre d'afféage, ou d'accensement. Comme ces tenures étaient perpétuelles aucun conflit ne pouvait s'élever entre le preneur et le propriétaire du sol.

Aujourd'hui où les baux emphytéotiques ne peuvent dépasser un certain laps de temps et que les droits acquis sur le bien d'autrui peuvent s'éteindre, il est intéressant de savoir quelle est la nature du droit de superficie.

Est-ce un droit perpétuel comme la propriété? ou bien peut-il s'éteindre par la prescription extinctive comme les autres droits réels?

La difficulté provient de ce que le Code civil n'a pas expressément parlé du droit de superficie alors qu'il a énuméré limitativement les autres droits réels.

Néanmoins, tant en doctrine qu'en jurisprudence, l'on reconnaît que le Code admet implicitement l'existence d'un droit de superficie (Demolombe, *Distinct. des biens*, I, 485; Aubry et Rau, § 223; Laurent, *Principes de Dr. C.*, VIII, n° 409. Voir aussi les arrêts de cass. du 5 nov. 1866, S. 66. 1. 441; 16 déc. 1873, S. 74. 1. 457; 27 avril 1891, S. 91. 1. 369).

Les art. 563 et 664 ne pourraient d'ailleurs s'expliquer autrement. Le premier reconnaît que le propriétaire du fonds et celui des constructions peuvent être deux personnes différentes.

Le second suppose que les différents étages d'une même maison appartiennent à divers propriétaires.

Quelle est donc la nature de ce droit dans notre législation. Tous les auteurs s'accordent pour y voir un droit de propriété (Aubry et Rau, II, § 223; Demolombe, I, 483), ils en déduisent cette conséquence qu'il doit être perpétuel de sa nature.

Il devrait en résulter qu'il ne saurait s'éteindre par le non usage. Cependant M. Labbé soutient l'opinion contraire dans une note sous Cass. 28 avril 1894, (S. 94. 1. 369), en disant que « le droit de superficie est anormal, contraire à une unité plus conforme à l'intérêt général et quelque chose de semblable sous ce rapport à une servitude. »

Nous préférons nous ranger à l'opinion plus rigoureuse que semble adopter M. Demangeat et croire que le caractère de perpétuité et d'imprescriptibilité par le non usage s'applique, à tout droit de propriété indépendamment de l'objet auquel il s'applique.

Section III.

De l'Emphytéose.

L'emphytéose constituait à Rome un véritable droit réel d'origine prétorienne.

Ce droit ressemblait beaucoup à l'usufruit et était sanctionné par des actions utiles accordées à l'emphytéote et analogues à celle que le droit civil accordait au propriétaire.

Dans notre ancien droit l'emphytéose était considérée comme un droit de domaine direct et faisait

acquérir à une personne pour un temps très long, parfois même illimité, la jouissance absolue d'un fonds moyennant une redevance qu'elle devait payer au propriétaire.

La législation révolutionnaire abolit l'emphytéose perpétuelle et ne permit pas d'en créer au-delà de 99 ans.

La loi du 11 brumaire an VII, art. 6, la range parmi les biens susceptibles d'hypothèque.

C'était donc revenir à la conception qu'en avait le droit romain.

Peut-on encore, aujourd'hui, la considérer comme un droit réel immobilier.

La jurisprudence et la plupart des auteurs l'admettent (Alger, 8 avril 1878, S. 78. 2. 296 ; Cass. 22 juin 1885, S. 88. 1. 131 ; D. 86. 1. 269).

Le Code n'en parle pas, doit-on en déduire que ce droit n'étant pas abrogé subsiste avec les caractères qu'il avait dans l'ancien droit ? Il rentrerait aujourd'hui dans le droit de propriété, ce qui expliquerait que le Code n'en parle ni dans l'art. 526, ni dans l'art. 543.

Ce raisonnement pourrait conduire tout au plus à dire qu'il faut se reporter à la loi de brumaire an VII, art. 6, qui est la dernière sur la matière. Or cette loi, nous venons de le voir, considère l'emphytéose comme un droit réel, susceptible d'hypothèque, dès

lors, le silence du Code, soit dans l'art. 526, où il énumère les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, soit dans l'art. 543, où il donne l'énumération des divers droits réels sur les immeubles, soit dans les art. 2118 et 2204, où il énumère limitativement les biens susceptibles d'hypothèque et de saisie-immobilière, paraît inexplicable.

Il est plus probable que le législateur a fait intentionnellement cette omission. Ce silence paraît d'autant plus significatif dans l'art. 2118, que le texte ne fait que reproduire l'art. 6 de la loi du 11 brumaire an VII, en supprimant l'emphytéose.

Nous pensons, avec la plupart des auteurs, que ce n'est là qu'une conséquence de l'abolition des baux perpétuels et que l'amphytéose, comme le louage, ne constitue plus qu'un droit personnel.

En ce sens : Duverger, t. III ; Marcadé, III, 526, IV, 535 ; Demolombe, IX ; Aubry et Rau, IV, p. 224 ; Baudry-Lacantinerie, 1, p. 691. *Contra* Troplong, *Louage*. Cpr. Cass 26 juin 1882, S. 82. 1. 362 ; 22 juin 1885, S. 88. 1. 131.

DEUXIÈME PARTIE

DES DROITS RÉELS AUTRES QUE LA PROPRIÉTÉ

Nous avons dit que le droit de propriété est de sa nature complet et absolu. En pratique il se trouve souvent restreint, démembré pour l'utilité même du propriétaire qui tire ainsi de son droit un profit qu'au premier abord il ne semblait pas comporter. La constitution d'hypothèque, par exemple, va lui permettre de se créer des ressources sans l'obliger à recourir à une aliénation du fonds, mais en concédant à un tiers un véritable droit réel sur sa chose. Il pourra de même, s'il possède un fonds, consentir un droit de servitude réelle à titre onéreux en faveur d'un autre fonds ou d'usufruit en faveur d'une personne.

Mais ces restrictions apportées au droit de propriété ne trouvent leur raison d'être que dans l'utilité qu'elles procurent au cessionnaire du droit, aussi les verrons-nous disparaître dès que l'on pourra présumer que le bénéficiaire n'en tire plus

aucun avantage, ou qu'il paraîtra y avoir renoncé.

C'est ainsi que l'impossibilité d'exercer une servitude ou son non usage prolongé, amènent l'extinction du droit lui-même.

Il ne s'agit, dans ce que nous venons de dire, que des servitudes conventionnelles. Pour les servitudes légales, elles ne sauraient être atteintes par cette prescription car ce serait violer les dispositions de la loi. Quant à celles qui résultent de la situation des lieux, il y a là un fait naturel et matériel qui échappe au jeu des conventions humaines.

Nous étudierons l'extinction des servitudes conventionnelles en deux chapitres distincts. Le premier traitera des servitudes réelles que le Code appelle aussi services fonciers, et le second des servitudes personnelles.

CHAPITRE I^{er}

DES SERVITUDES RÉELLES

Section I.

Leur extinction par la prescription de trente ans.

I. *Droit romain.* — *a.* Dans le droit primitif les actions et le droit de propriété étaient perpétuels. Il en était de même des servitudes.

b. A l'époque classique les servitudes réelles pouvaient, comme la propriété des immeubles, être usucapées par deux ans de possession (Paul, II, 17), et le délai était doublé lorsque la servitude ne devait s'exercer qu'un an ou un mois sur deux (L. 7 D. *Quemad. servit. amitt.*).

Pouvaient-elles s'éteindre par le non usage ? à cet égard les Romains distinguaient entre les servitudes prédiales urbaines qui s'exercent en général d'elles mêmes sans le fait de l'homme et les servitudes

prédiales rurales qui ne se manifestent que par le fait du titulaire.

Ces dernières s'éteignaient par le non usage ou simplement parce que le propriétaire du fonds dominant en avait fait un usage autre que celui indiqué par le titre, ou bien encore parce que l'état des choses s'opposait à leur exercice (L. 10, § 1, *Quemad. serv. amitt.* ; D. L. VIII, 6 ; L. VIII, 7). Les servitudes prédiales urbaines ne s'éteignaient que lorsque le propriétaire du fonds servant avait fait un acte contraire à la servitude ; alors s'accomplissait pour lui l'*usucapio libertatis* qui avait pour point de départ le jour même où cet acte avait été accompli.

c. Il y a controverse parmi les jurisconsultes pour savoir quelle fut la règle sous Justinien, et s'il conserva la distinction qui existait entre les servitudes prédiales rurales et les servitudes urbaines. La difficulté provient de ce que, après avoir substitué au délai de deux ans celui de 10 à 20 ans dans la Const. 16, *de usuf.*, III, 34, publiée en l'an 530, il traite plus tard, 531, des servitudes, dans la Const. 13, *de Serv.* III, 34, que les auteurs ont interprété différemment.

Trois systèmes principaux se sont fait jour. Pour les uns, M. Glück, 1, p. 255, la deuxième constitution ne fait que généraliser la première, or la Const.

16 exige pour l'extinction de l'usufruit l'*usucapio libertatis*, on doit en conclure que les servitudes ne s'éteignent plus par le simple non usage. L'on répond que dans la Const. 16, il n'est pas question de substituer l'usucapion au non usage, mais simplement un délai à un autre.

Pour d'autres, la Const. 13 décide que le non usage suffira pour éteindre toutes les servitudes, comme il suffirait à éteindre l'usufruit (*Sic Stever Glück, Vernieg, Dugenheim*).

Nous croyons, avec M. Glasson (*Rev. prat. de Dr. franç.* t. XXXIV, n° 21), que ces auteurs vont encore trop loin et que Justinien, dans les deux textes, n'a voulu trancher qu'une question de délai et non point de mode d'extinction des servitudes. En conséquence nous décidons que les distinctions antérieures subsistent (Wangerow, § 189 ; Ortolan, *Servitudes* ; Mainz, 7, § 231 ; Molitor, n° 139).

II. *Ancien droit*. — Dans les pays de droit écrit, on admettait l'extinction des servitudes par le non usage après un délai de trente années. Il en était de même dans la plupart des coutumes. Celle de Paris, art. 186, nous dit : « La liberté se peut réacquérir contre le titre de servitude par trente ans entre âgés et non privilégiés ». Voir aussi la coutume d'Orléans, art. 226, de Calais, art. 172.

Dans certaines autres, le délai était de dix à vingt années à dater du jour où le propriétaire du fonds dominant avait cessé de jouir de son droit (V. Pothier, *Prescript.* p. 136).

La distinction que le droit romain établissait entre les servitudes prédiales rurales et urbaines avait reparu, les coutumes exigeaient même la bonne foi pendant toute la durée de l'*usucapio libertatis* (Pothier, *Prescript.* 139; Boutaric, *De servit. præd.*, n° 54; Lalaure, *Traité des servitudes*, 1, XII; Domat, *Lois civiles*, t. I, L. XII, Sect. 4, n° 5,

On pouvait conserver la servitude en l'exerçant par soi-même ou par un mandataire, locataire, fermier, etc., et même en ne l'exerçant que partiellement à cause du caractère d'indivisibilité de servitudes (Cfr. Pothier, Cour d'Orléans, 226, note 2).

S'il restait des vestiges d'ouvrages construits pour l'exercice de la servitude, celle-ci ne pouvait se prescrire en vertu de la règle *Signum retinet signatum* (Dunod, *Prescript.* III, ch. 7; Poullain, *Principes de droit*, VI, 247, n° 3).

Conformément aux principes du droit romain, il y avait prescription de la servitude si le propriétaire du fonds dominant en usait contrairement à son titre ou au moins d'une manière différente (V. Lalaure). Lorsque la servitude ne pouvait s'exercer qu'à des intervalles éloignés, le temps requis pour

la prescription de 10 à 20 ans se doublait ; il n'en était pas ainsi pour celle de 30 ans (Domat, *Lois civiles*, I, t. XII, sect. 6, n° 7 ; Lalaure, p. 67). La prescription ne courait pas lorsque le non usage résultait d'une force majeure peut-être même dans le cas d'une servitude conditionnelle (Domat, *Lois civiles*, I, XII, 6, n° 1).

Le non usage ne se présumait pas, c'était au propriétaire du fonds servant qui voulait conquérir la liberté de son fonds, de faire la preuve du non usage de la servitude, mais il pouvait le faire par tous les moyens possibles, même par serment (Lalaure, *Servit.*, t. XII. Vigier, *Cout. d'Angoumois*, t. XX, art. 26).

Nous voyons donc que dans l'ancien droit, même dans les pays de coutumes, on suivait en grande partie les principes du droit romain sur l'extinction des servitudes réelles.

III. — *Droit civil*. — Un droit de servitude réelle s'éteint aujourd'hui par prescription lorsque le droit n'a pas été exercé pendant un temps déterminé.

C'est bien le défaut d'exercice qui entraîne l'extinction du droit lui-même. Il ne saurait, en effet, être question de prescription si par exemple l'un des deux fonds avait complètement péri. De même encore, un jugement d'expropriation pour cause

d'utilité publique a pour effet d'anéantir tous les droits qui reposent sur ce fonds ou plutôt de les transformer en un droit à une indemnité (Loi du 3 mars 1841, art. 15 et 18).

Il en serait ainsi même en cas d'expropriation partielle du fonds s'il s'agissait d'une servitude indivisible, comme la servitude de passage, par exemple.

Voir Grenoble, 4 décembre 1894 (D. 96. 136), Comme le fait remarquer l'arrêtiste, le droit réel ainsi éteint n'a plus d'existence légale, et la rétrocession qui pourrait avoir lieu plus tard en faveur du propriétaire primitif ne ferait pas disparaître l'expropriation, et par suite l'extinction des charges réelles, car l'on ne se trouve pas ici sous le coup de l'art. 704, mais bien d'une prescription instantanée.

Cette solution devrait être maintenue, alors même que la loi ou le décret n'aurait pas été appliqué, car son défaut d'application n'affecte pas son existence. Elle ne tombe pas en désuétude, et conserve toute sa force tant qu'une loi postérieure ne l'aura pas abrogée.

Le défaut d'exercice de la servitude qui conduit à la prescription peut provenir de deux causes différentes : 1° De la cessation de la servitude, art. 703, ou de son non usage, art. 706.

§ 1. — *En cas de cessation de la servitude.*

Il y a cessation de la servitude lorsque les choses se trouvent dans un état tel qu'on ne peut plus user de cette servitude ou que celle-ci ne présente plus aucune utilité pour le fonds dominant (Glasson, *Rev. prat. de dr. fr.*, t. XXXV).

Pour que l'impossibilité d'user d'une servitude amène son extinction, il faut encore deux conditions : 1° Qu'il s'agisse d'une impossibilité absolue (art. 703); 2° Que l'obstacle à la servitude existe depuis au moins trente ans (C. civ., art. 704).

a) L'impossibilité doit être absolue. C'est ainsi que la suppression d'un abreuvoir entraîne l'extinction de la servitude, qui permettait d'en user, sauf indemnité au propriétaire du fonds dominant, si cette suppression était illicite (Cass. Req., 1^{er} avril 1889. D., 90. 1. 270. Voir aussi Req., 1^{er} févr. 1872, D., 72. 1. 200; Lyon, 9 déc. 1882. D., 84. 285).

Tel serait encore le cas où un tiers élèverait des bâtiments sur son propre fonds, situé entre le fonds dominant et le fonds servant, alors que ce dernier serait grevé d'une servitude *non edificandi* (Cass., 18 mai 1838. S. 38. 1. 570).

Il importe peu d'ailleurs que l'impossibilité d'exer-

cer la servitude résulte d'un cas de force majeure ou du fait licite d'un tiers (Arrêt ci-dessus et Toulhier, III, 684 ; Demolombe, XII, 965 ; Aubry et Rau, III, § 255).

Si l'obstacle mis à l'exercice de la servitude provenait du fait du propriétaire du fonds dominant ou du fonds servant, ou du fait illicite d'un tiers, il pourrait bien y avoir prescription en vertu des art. 706 et 707, mais il n'y aurait pas impossibilité au sens de l'art. 703, car le propriétaire du fonds dominant peut exercer encore en quelque sorte la servitude en faisant respecter son droit ou en rétablissant les choses de manière à ce que la servitude puisse être exercée de nouveau (En ce sens : Aubry et Rau, III, § 255, note 4 ; Glasson, *Revue pratique du droit français*, t. XXXIV. En sens contraire : Pardessus, II, 294 ; Demolombe, XII, 971).

S'il y avait seulement impossibilité partielle d'exercer la servitude ou diminution d'utilité ou gêne dans son exercice, le droit en lui-même continuerait de subsister. Ainsi la servitude *altius non tollendi vel ædificandi* continuerait à exister, malgré l'établissement d'une voie publique entre les deux fonds (Demolombe, XII, 967 ; Aubry et Rau, III, § 255, p. 101, note 1 ; Glasson, *Rev. prat.*, XXXIV ; Marcadé, *Revue critique*, 1852 ; D., 72 ; Demante, II, 974).

C'est aussi la théorie de la jurisprudence (Paris, 11 nov. 1833. S., 37. 1. 980; Cass., 7 mai 1851. S., 51. 1. 409; Cass., 25 juin 1865. S., 66. 1. 348).

b) Il faut, comme seconde condition, que l'impossibilité d'exercer la servitude ait duré trente ans. Cette condition s'induit de ce que l'art. 704 renvoie à l'art. 707.

Cette prescription, d'ailleurs, s'applique à toutes les servitudes conventionnelles, qu'elles soient continues ou discontinues (Aubry et Rau, III, § 255, p. 402).

On a soutenu que l'art. 704 établissait non une prescription, mais un délai préfix après lequel le propriétaire du fonds dominant ne pourrait plus exercer son droit de servitude, et que l'art. 704 ne renvoyait à 707 que pour établir le délai. Les partisans de cette opinion admettent comme conséquence que cette déchéance ne comporte ni suspension ni interruption (Sic Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, 368).

Mais il est impossible de concilier cette prétention avec les art. 665, 708 à 710. De plus, comment peut-on admettre que le législateur, qui tient compte des causes d'interruption et de suspension, alors que la prescription a pour cause la négligence et une présomption de renonciation de la part du pro-

priétaire du fonds dominant, écarterait ces mêmes causes, dès que ce propriétaire est mis dans l'impossibilité d'agir. De plus, les travaux préparatoires sont entièrement défavorables à cette opinion, qui se trouve rejetée par la plupart des auteurs (Pardessus, II, 296 ; Duvergier sur Toullier, III, 697, note *a* ; Demante, *Cours*, II, 562 *bis* ; Demolombe, XII, 979 ; Machelard, *Distinct. des servitudes*, n° 212 ; Aubry et Rau, II, § 275).

L'art. 704 nous dit que : « Les servitudes revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, à moins qu'il ne se soit écoulé un espace de temps suffisant pour *faire présumer* l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article 707. »

Marcadé, en se basant sur les mots « faire présumer », édifie un système dans lequel il distingue entre le cas où le changement des lieux, qui met obstacle à l'exercice de la servitude, provient du fait du propriétaire du fonds dominant ou d'un fait qu'il peut faire cesser ; et celui où ce fait provient du propriétaire du fonds servant ou d'un tiers accomplissant un acte illicite. Dans ce second cas, nous dit-il, on ne saurait invoquer la prescription du propriétaire du fonds dominant, car on violerait la règle *contra non valentem agere non currit præscrip-*

tio. Ici, ajoute-t-il, nous ne sommes plus sous le coup de l'art. 704, car les mots « faire présumer » l'extinction de la servitude montrent bien que dans l'intention du législateur la prescription ne résulte que de la volonté présumée de la part du propriétaire du fonds dominant de renoncer à son droit.

Or, on ne peut pas dire qu'il ait cette volonté tant qu'il se trouve dans l'impossibilité d'user de la servitude (Marcadé, *Revue critique*, sur les art. 703-704).

Nous ne saurions admettre ce système, d'abord parce que dans le cas où le propriétaire du fonds dominant peut s'opposer au changement des lieux ou les rétablir en l'état, il faut appliquer l'art. 707 et non plus l'art. 704, car nous ne sommes plus dans un cas de *cessation* de servitude.

De plus, il n'est pas juste de dire que la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio* est violée, car le propriétaire du fonds dominant peut toujours obtenir une reconnaissance volontaire ou judiciaire de son droit.

Si avant l'expiration du délai de trente ans les lieux étaient rétablis de telle façon que la servitude puisse de nouveau s'exercer, il y aurait interruption de la prescription. L'on doit décider qu'il

en serait ainsi, même dans le cas où il subsisterait quelque modification. La plupart du temps il serait impossible qu'il en fût autrement. Mais il ne devrait pas y avoir d'aggravation de la servitude pour le fonds servant (Cass., 1851. S. 51. 1. 406; Bordeaux, 14 août 1855. S. 46. 2. 683; Cass., 11 déc. 1861. S. 62. 1. 513; Cass., 18 déc. 1894. D. 95. 1. 365; Marcadé, *Rev. crit.*, 1852, II, p. 72; Demolombe, XII, 974).

Les vestiges d'une servitude qui resteraient sur le fonds servant auraient-ils la propriété de la conserver et d'empêcher la prescription de courir? Oui, disent MM. Aubry et Rau, III, p. 303, car ces vestiges conservent la quasi-possession de la servitude.

Nous n'admettons cette opinion qu'avec la restriction qu'y apporte M. Glasson (*Rev. prat.*, XXXIV, p. 545, n° 44).

C'est en effet l'impossibilité d'exercer la servitude qui amène l'extinction du droit. Qu'importe qu'il reste des vestiges sur le fonds servant, s'ils ne permettent point d'exercer la servitude. Nous exigeons donc, à l'encontre de MM. Aubry et Rau, que ces vestiges se rapportent à la continuité et non seulement à l'apparence de la servitude, à cette seule condition ils empêcheront la prescription de l'art. 703 de s'établir.

Nous avons démontré qu'il ne s'agit ici que d'une prescription ordinaire. Elle peut donc être interrompue soit par un acte de reconnaissance volontaire émanant du propriétaire du fonds servant, soit par une action en reconnaissance de servitude intentée par le propriétaire du fonds dominant.

Au bout de trente années, de non exercice sans interruption ni suspension la servitude sera définitivement prescrite et ne saurait revivre (V. Cass., 7 juillet 1856. S. 56. 1. 776).

Le propriétaire du fonds servant pourra d'ailleurs renoncer à cette prescription, non point d'avance, car ce serait violer l'art. 6, mais une fois qu'elle lui sera acquise. Il pourra le faire expressément ou tacitement, quoique dans ce dernier cas il ne sera pas toujours facile de discerner sa volonté.

Elle pourra résulter, par exemple, des travaux qu'il aura laissé exécuter sur son bien; d'un jugement en déclaration de servitude, rendu par défaut et qui lui aura été notifié, mais il n'y a pas de criterium à cet égard. (Voir Riom, 20 juin 1827; D. 33. 2. 248; Bourges, 18 mars 1825; D. 26. 2. 243. Cass. 20 nov. 1838; D. 39. 1. 49.

Les incapables ne sauraient renoncer à la prescription acquise, car cet acte équivalant à l'aliéna-

tion d'un droit réel à laquelle ils ne peuvent consentir.

Cette renonciation doit-elle être considérée comme entraînant la création d'une nouvelle servitude? ce qui conduirait à décider qu'elle doit être soumise aux formalités exigées par la loi du 23 mars 1853. Ce serait aller trop loin. Il n'y a dans cet acte, que la reconnaissance d'un droit antérieurement existant.

Quel sera le point de départ de cette prescription trentenaire? Ce sera le jour où est survenu l'évènement qui a rendu impossible l'exercice de la servitude. M. Demante a soutenu (*Rev. de Droit franç. et étrang.*, XII, p. 577), qu'à l'égard des servitudes continues, ce devrait être un acte contraire à la servitude. Il s'appuie sur ce que l'art. 704 renvoie à l'art. 707, qui exige, en effet, cette condition, pour les servitudes continues.

Mais nous nous trouvons, par hypothèse, dans un cas où l'exercice de la servitude n'est plus possible, art. 703. Il serait donc bien inutile d'exiger un acte contraire à une servitude qui ne peut plus s'exercer. Dans bien des cas d'ailleurs, ce serait impossible. Par exemple, pour une servitude de vue.

L'art. 707 ne visant que le cas où une servitude peut encore s'exercer, était bien obligé de déterminer un acte à partir duquel la prescription pût courir.

Pour les servitudes continues, ce ne pouvait être qu'un acte contraire, mais dans notre hypothèse, nous avons vu qu'il en existait un autre, l'événement qui rend l'exercice impossible.

§ 2). *Extinction du droit de servitude, par suite de non-usage.*

Le droit de servitude s'éteint encore par le non-usage (Cod. civ., art. 706), qui consiste dans le fait de la part de propriétaire du fonds dominant, de rester sans utiliser la servitude (Glasson, *Rev. prat. de Dr. franç.*, année 1872, t. XXXIV, p. 647).

Ici encore, la prescription a pour base, une présomption d'inutilité du démembrement que la servitude apporte à la propriété. L'on suppose un désistement de la part du propriétaire du fonds dominant.

Cette prescription s'étend à toutes les servitudes conventionnelles, mais à elles seules. Les raisons que nous avons données plus haut, au sujet de l'extinction des servitudes réelles, par suite de l'impossibilité de les exercer, s'appliquent encore ici.

Elle s'étend également aux servitudes continues et discontinues ; mais nous allons trouver, au sujet du point de départ de la prescription, une grave différence entre ces deux classes de servitudes.

Pour fixer exactement le point de départ de cette

prescription extinctive pour toutes les servitudes réelles, il convient d'examiner successivement trois hypothèses différentes.

Nous aurons à nous demander, si la servitude a déjà été exercée ; si elle n'a été exercée que pour partie, où enfin, si elle n'a jamais été exercée.

1^{re} hypothèse. — Nous supposons que la servitude ait déjà été exercée. Il faut établir alors une distinction entre les servitudes continues et discontinues.

a). Pour les premières, l'art. 707, C. civ. nous dit que « les trente ans commenceront, à courir du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude.

Il importe peu, d'ailleurs, que cet acte matériel rende impossible l'exercice de la servitude ou qu'il ait été fait simplement à l'encontre de l'obligation qu'imposait la servitude. Il ne suffirait pas, néanmoins, d'une simple protestation de la part du propriétaire du fonds servant. Il faut un acte formel et apparent qui indique clairement qu'on veut mettre obstacle à l'exercice de la servitude et que le propriétaire du fonds dominant renonce à exercer son droit.

C'est ainsi, que contrairement à une opinion émise (Dupret, *Rev. de dr. fr. et étr.*, III, p. 828), le fait de ne pas se servir d'une vanne, au moyen de laquelle s'exerce une servitude de prise d'eau, ne suffit pas

pour amener son extinction par le non usage, au bout de trente ans (Demolombe, XII, 1010 ; Aubry et Rau, III, p, 105 ; Glasson, *Rev. prat. de dr. fr.*, XXXIV, n° 53 ; Lauraine. Bordeaux, 1890).

Il faut en chercher la raison en ce que les servitudes continues s'exercent par elles-mêmes et n'exigent aucun acte du propriétaire du fonds dominant. C'est ce qu'a jugé la Cour de Metz (6 juin 1866) pour les servitudes de vue (D. 66. 2. 150), la Cour d'Orléans (16 fév. 1865, D. 65. 2. 60), pour une servitude *non ædificandi*. Il ressort aussi de cet arrêt que la renonciation tacite, du propriétaire du fonds dominant, ne doit prêter à aucune équivoque et n'avoir aucun caractère de tolérance. Voir aussi : Orléans, juin 1866 (D. 66. 2. 50).

L'acte doit être apparent, permanent, non précaire, 2229, il faut aussi que le travail soit achevé, arg. 642. Il importera peu qu'il ait été établi sur le fonds dominant ou sur le fonds servant. Mais dans ce dernier cas, il devra être évident pour le fonds dominant (Cass., 10 nov. 1886, D. 87. 1. 209).

Mais cet acte peut-il émaner du propriétaire du fonds dominant ? Il y a controverse sur ce point (Pardessus, II, 308), s'appuyant sur la loi 6, D. *De servit præd. urb.* VIII, 2), dont il prétend que les dispositions s'appliquent encore aujourd'hui ; ne voit dans cette prescription qu'une sorte d'*usucapio*

ibertatis, au profit du fonds servant, et exige que l'acte qui lui sert de point de départ émane de son propriétaire.

Nous adoptons avec la majorité des auteurs, l'opinion contraire. L'article 707, en effet, est général et n'établit aucune distinction. De plus, nous avons vu qu'aujourd'hui, le fondement de la prescription des servitudes, par suite du non usage, ne repose plus sur une idée d'*usucapio libertatis*, mais de renonciation tacite de la part du propriétaire du fonds dominant à son droit. Or, c'est bien là ce que laisse supposer la construction de sa part d'ouvrages qui mettent obstacle à l'exercice de la servitude. En ce sens, Delvincourt, I, p. 424 ; Toullier, 3, 692 ; Duranton, V, 685 ; Demolombe, 12, 1009 ; Aubry et Rau, III, § 2, 51, note 17 ; Glasson, *Revue prat.*, XXXIV, note 55). La Jurisprudence est constante sur ce point (Limoges, XII, mars 1811, S. 184. 2. 258, Rennes, 18 nov. 1843 ; S. 44. 2. 461 ; Cass. 30 déc. 1847, D. 48. 1. 13 ; Req., mars 1890, D. 91. 137.

b) Pour les servitudes discontinues, le point du départ indiqué par l'art. 707 est le jour où l'on a cessé de jouir de la servitude, où l'on a accompli le dernier acte d'exercice. Pour qu'une servitude discontinue s'exerce, nous savons qu'il faut l'intervention de l'homme. Le législateur n'avait donc pas be-

soin ici d'exiger un acte contraire à la servitude pour fixer le point de départ de la prescription. Il était logique, que pour établir la durée du non usage, l'on se reportât au jour où l'usage avait cessé.

Mais, faut-il appliquer cette règle pour les servitudes qui ne s'exercent qu'à de longs intervalles ? Nous avons vu que le Droit romain admettait dans ce cas, un délai différent. L'art. 707 est trop catégorique sur ce point, pour que l'on pût songer à cette solution.

Mais où les avis se partagent, c'est lorsqu'il s'agit d'appliquer l'art. 707, pour poser le point de départ de la prescription. A quel moment a eu lieu le dernier acte de jouissance de la servitude ? Les uns admettent que c'est à partir du jour où on l'a exercée pour la dernière fois (Sic. Proudhon, VIII, 1. 716 ; Pardessus, *des Servitudes*, II, 310.) La Jurisprudence s'est ralliée à cette opinion (C. cass., 2 mars 1836 ; S. 361. 242 ; Req. rej. 11 juillet 1838 ; S. 38. 1. 747 ; Cass. 6 fév. 1839 ; S. 39. 1. 208). Le texte de l'article 707 paraît favorable à cette interprétation.

Cependant, on peut objecter que la prescription, par le non usage, a pour fondement l'inutilité évidente de la servitude et la renonciation présumée du propriétaire du fonds dominant à son droit.

Dès lors il nous paraît plus exact de faire partir

cette présomption d'inutilité ou de renonciation, du moment où le bénéficiaire ayant le droit d'exercer de nouveau la servitude, ne le fait point. L'art. 707, ne s'oppose pas à cette solution. Il fait partir le délai de 30 ans « du jour où on a cessé de jouir ». Or, on ne peut pas dire que celui qui n'a pas le droit d'exercer une servitude, cesse de jouir, parce qu'il reste inactif ; s'il y a discontinuité, c'est plutôt dans les actes d'usage, que dans la jouissance.

MM. Aubry et Rau fixent le point de départ au jour « où le propriétaire du fond dominant, étant en droit ou ayant intérêt d'exercer la servitude, a négligé de le faire ». Il nous paraît peu pratique de nous ranger à cet avis car l'intérêt du propriétaire du fonds dominant est une chose assez vague et qui prête à discussion.

Nous préférons dire avec M. Glasson (*Rev. prat. de dr. fr.*, XXXIV), que c'est du jour où le droit d'exercer la servitude étant arrivé, le propriétaire dominant a négligé de le faire. Jusque-là en effet, il ne lui était pas possible d'accomplir un acte d'usage sans aggraver la charge. Il pouvait, il est vrai, faire un acte interruptif de prescription, en intentant une action en déclaration de servitude. Malgré cette raison, nous croyons que tant que le moment de renouveler l'acte que comporte la servitude n'est pas arrivé, les choses restent dans leur état normal.

Rien ne peut faire présumer une renonciation à son droit, de la part du propriétaire du fonds dominant.

Ce n'est que du jour où la servitude doit être exercée, que la propriété commence à se libérer de cette charge, car alors seulement l'on peut douter de son utilité et se demander si le propriétaire dominant a l'intention de continuer à jouir de son droit. En ce sens (Demolombe, XII, 1013. 8. 1014 ; Troplong. *Prescript.*, II, 787 ; Caen, 5 déc. 1827 ; S. 30. 2. 146).

Section II

Prescription du mode de servitude.

Supposons maintenant que la servitude n'ait été exercée que d'une manière restreinte ou différente de celle indiquée par le titre. On peut se demander alors si au bout de 30 ans, elle subsistera toute entière, si elle sera éteinte ou diminuée. Nous sommes amenés ainsi à étudier les différents modes d'exercice d'une servitude, c'est-à-dire les différentes manières d'en user suivant le titre qui l'a établie ou la destination

du père de famille qui est un titre tacite, ou la prescription qui l'a fait acquérir.

Avant d'aborder cette étude, il nous paraît bon d'émettre les principes qui vont se trouver en lutte ainsi que la méthode qui devra nous guider.

L'art. 708 nous dit « que le mode de servitude peut se prescrire comme la servitude même et de la même manière » : Cette disposition est parfaitement nette et semblerait devoir nous permettre de résoudre facilement toutes les difficultés. Mais dans les divers cas que nous allons successivement envisager, nous aurons aussi à nous demander si le propriétaire dominant, en usant de la servitude pour partie, n'exerce pas néanmoins son droit dans toute sa plénitude ; si l'on peut l'obliger à en faire un usage complet pour éviter la prescription.

Nous croyons que la difficulté sera le plus souvent tranchée par un examen attentif du titre constitutif de la servitude.

Si nous sommes en présence d'un titre mentionnant un mode d'exercice de la servitude à un point de vue simplement démonstratif, à titre d'exemple ; alors un exercice différent ne saurait entraîner l'extinction de la servitude par prescription, car le propriétaire dominant, exerce néanmoins son droit en entier.

Si le titre au contraire est limitatif et énumère

strictement les modes d'exercice de la servitude, alors il y aura lieu à l'application de l'art. 708 et la servitude sera éteinte et diminuée à la suite d'un usage différent ou restreint, pendant un nombre suffisant d'années.

Nous ne devons pas perdre de vue non plus, le but que s'est proposé le législateur en établissant cette prescription et lorsqu'on pourra présumer par suite d'un exercice incomplet ou différent de la part du propriétaire dominant, que la servitude telle que l'a constituée le titre est devenue trop étendue ou inutile, l'on ne devra pas hésiter à en décider la modification au bout de trente années.

Examinons maintenant les divers cas qui peuvent se présenter.

a) Si le propriétaire du fonds dominant use de la servitude, suivant le mode établi par son titre, il n'y a pas de difficulté. Tout est réglé et prévu par le titre.

b) Si ce même propriétaire jouit d'une servitude plus grande que le titre ne l'établit, plus onéreuse pour le fonds servant et cela pendant trente ans ; il faut distinguer alors s'il s'agit d'une servitude continue et apparente, d'une servitude continue et non apparente ou bien d'une servitude discontinuée.

Les art. 690 et 691 décident que les premières

seules s'acquièrent par prescription ; au bout de trente ans elles se trouveront donc aggravées.

Les autres, nous dit l'art. 691, ne peuvent s'acquérir « même par une possession immémoriale », elles se trouveront donc au bout de ce temps dans leur état primitif, ni augmentées, ni diminuées, car dans l'aggravation de la servitude est contenu son plein exercice.

c) Supposons maintenant que le propriétaire dominant ait usé d'un autre mode que celui indiqué par son titre. Le Code civil 708 donne la solution : l'ancienne servitude est éteinte. Mais en naît-il une nouvelle au profit du propriétaire du fonds dominant ? Oui, s'il s'agit d'une servitude continue et apparente (Arg., art. 690, 691) ; non s'il s'agit d'une servitude discontinue apparente ou d'une servitude continue et non apparente.

Si l'on suppose une servitude de puisage établie sur un fonds, et que pendant trente ans le propriétaire dominant n'ait usé que de la servitude de passage qui y était comprise, faudrait-il dire que la servitude a été seulement restreinte ; que la servitude de puisage est éteinte mais que celle de passage subsiste ? Demante II, 567 *bis*, l'admet en se basant sur ce que le droit de passage faisant partie de la servitude de puisage, cette dernière n'a été exercée que d'une façon incomplète et ne doit se trouver éteinte

que pour partie. Mais le droit de passage est plutôt l'accessoire qu'une partie distincte de la servitude de puisage et doit se trouver prescrit avec elle. La servitude de passage exercée est distincte de la première, or, comme elle est discontinue on ne saurait l'acquérir par prescription (Cf. Pardessus, II, 304 ; Demolombe, *Servit.*, 1024 ; Duranton, V, 607 ; Marcadé, sur l'art. 708).

Le droit romain et l'ancien droit français admettaient sur ce point une solution différente en se basant sur le principe de l'indivisibilité des servitudes.

D'après eux, la servitude étant exercée pour partie se trouvait conservée pour le tout (L. XVI, Dig., Quemad, *Servit. amitt.*, 8, 6) ; voir aussi Pothier, *Introd. à la cout. d'Orl.*, t. XIII, n° 18 ; Lalaure, liv. I, chap. XI).

Mais le Code civil, dans l'art. 708, s'est écarté de cette opinion à la suite de Domat (Lois civiles, liv. I, t. XII).

Il se peut cependant que l'assignation de temps ou de lieu indiquée dans le titre constitutif d'une servitude discontinue soit purement démonstrative : qu'elle ait pour but de réglementer l'exercice de la servitude et non de limiter l'étendue du droit lui-même. Il faudra pour l'établir rechercher quelle a été la volonté des parties.

Si nous supposons que telle ait été leur volonté et

que le mode d'exercice de la servitude soit contraire au titre ; quelle sera la situation de propriétaire du fonds servant ? Certains auteurs, Pardessus 2304, veulent de même dans ce cas que la servitude soit éteinte.

D'autres (Duranton, V. 608 ; Duprat, *Rev. de dr. fr. et étr.*), laissent au propriétaire du fonds servant le choix entre les trois partis suivants : 1° faire revenir le propriétaire dominant à l'assignation primitive ; 2° maintenir l'assignation nouvelle si elle est moins onéreuse, ce qui restreindra le droit du propriétaire dominant ; 3° provoquer une nouvelle assignation.

Les partisans de ce système argumentent de la façon suivante : si l'assignation nouvelle est plus onéreuse que ne le comporte le titre, elle devra être modifiée en faveur du propriétaire du fonds servant car la prescription ne saurait créer un titre en faveur du propriétaire dominant, puisqu'il s'agit ici d'une servitude discontinue.

Mais cette même prescription peut être invoquée par le propriétaire servant s'ils s'agit d'un mode d'exercice moins onéreux.

Enfin, pour lui donner le choix que nous indiquons en dernier lieu, l'on se base sur l'art. 701 ainsi conçu : si l'assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un

endroit plus commode pour l'exercice de ses droits et celui-ci ne pourrait pas le refuser. »

Il faudra encore que le propriétaire du fonds servant prouve que l'assignation est devenue plus onéreuse.

Nous ne saurions admettre cette théorie, car le propriétaire dominant, en fixant le mode d'exercice de la servitude comme il l'a fait, est resté dans les limites de son droit, car nous avons supposé une assignation simplement démonstrative.

En ce faisant il l'a exercée aussi dans sa plénitude, on ne saurait donc invoquer contre lui aucune prescription.

Nous admettrons cependant qu'il y a lieu d'appliquer ici l'art. 701 lorsque toutes les conditions exigées par le texte se trouvent réunies.

C'est aussi l'opinion que professe la Cour de cassation dans un arrêt du 6 déc. 1864 (D., 65, 1, p. 26). « Attendu, dit-elle, que la servitude de passage ne pouvant s'acquérir que par titre, le mode de la servitude doit toujours être en relation de conformité avec le titre qui le constitue ; qu'il suit de là que si le titre mentionne taxativement le point de l'héritage servant par lequel doit se pratiquer le passage, cette servitude limitée et circonscrite dans son mode d'action peut s'éteindre par le non-usage pendant trente ans sans que l'usage trentenaire soit efficace pour con-

quérir légalement le droit de passer par un autre point du fonds assujetti, puisque ce passage nouveau ne serait plus conforme au titre ; mais que la situation change lorsque le titre concède la servitude dans des termes généraux qui n'impliquent pas son exercice sur une partie spéciale du fonds servant, car dans ce dernier cas, le titre a été obéi même après que l'assiette a été changée» (Sic, Demolombe, 1031 ; Duprat. *Rev. de dr. fr. et étr.*, III, p. 835-836 ; Caen, 16 déc. 1848 ; S. 49. 2. 664. ; Req. 6 déc. 1864 ; D. 65. 1. 23 ; Caen, 1864 ; D. 66. 2. 190).

a) Nous arrivons maintenant à la dernière hypothèse qui est celle où le propriétaire du fonds dominant a usé de la servitude d'une façon plus restreinte que ne le comportait son titre.

Le défaut d'exercice pendant trente ans amène dans la mesure où il s'est produit l'extinction du droit lui-même. Tel est le principe (Arg., art. 708).

Pour en tirer toutes les conséquences qu'il comporte et limiter exactement son champ d'application, il est nécessaire encore ici d'établir une distinction entre les servitudes continues et discontinues.

1). Supposons une servitude continue et en même temps négative. Si le propriétaire dominant n'a exercé qu'une partie de son droit, au bout de trente ans, le fonds servant recouvre sa liberté dans la

mesure où elle lui a été laissée pendant ce temps.

S'il s'agit d'une servitude affirmative et que le propriétaire dominant n'ait fait pendant une période de trente ans qu'une partie des travaux, que son droit lui permettait, il se trouvera au bout de ce temps, déchu du droit de les continuer : Le propriétaire du fonds servant pourra s'opposer à leur accomplissement.

Le propriétaire dominant s'est contenté, par exemple, d'une servitude de puisage, alors qu'il avait droit à une servitude d'aqueduc. Au bout de trente ans, cette dernière se trouvera éteinte, sans pour cela être remplacée par la servitude de puisage, qui est discontinuë et ne peut s'acquérir par prescription (692. Voir : Baudry Lacantinerie, I, n° 1818 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n° 369, note 1 ; Marcadé, n° 674 ; Pardessus, I, §6, II, 310 ; Demolombe, II, 994 ; Duranton, V, 606 ; Dupret, 827 ; Delvincourt, 1. 45).

2). Pour les servitudes discontinuës, il y a plusieurs systèmes en présence : a). Certains auteurs admettent qu'elles doivent être restreintes dans la mesure où elles ont été exercées, car les art. 701 et 708 ont un caractère absolu et ne comportent pas d'exception (Sic : Duranton, V, 606 ; Pardessus, II, 305 ; Demante, II, 501 ; Mercadé, II, 708).

D'autres n'admettent cette solution, que dans le cas où la restriction provient d'un changement de lieu ou d'un obstacle dû au fait du propriétaire du fonds servant.

Au contraire, si la restriction ne provient que de la volonté du propriétaire dominant qui exerce son droit à sa convenance dans la mesure de ses besoins ou selon son caprice, alors, la servitude est conservée toute entière, car il est censé avoir usé de son droit en entier. On ne peut l'obliger d'épuiser son droit pour le conserver (Sic : Aubry et Rau, III, p. 109 ; Demolombe, XII, 1029 ; Toullier, III, 703 ; Dupret, p. 823 ; Civ. rej., 5 juin 1860 ; S. 60. 2497 ; Riom, 6 fév. 1855 ; S. 55. 2. 712 ; Cass., 29 août 1882 ; D. 83. 1. 341).

M. Glasson, *Revue Prat. du dr. fr.*, t. XXXIV, semble adopter cette opinion, mais avec une réserve : « Il ne faut pas, dit-il, que le mode d'exercice de la servitude soit un des éléments essentiels du titre qui l'a établie et pour ainsi dire une condition *sine qua non* de la servitude elle-même. Quant à déterminer dans quels cas le mode d'exercice sera énonciatif ou limitatif dans le titre constitutif, cela dépend de la nature même de la servitude. C'est surtout une question de fait qu'il faut laisser à l'appréciation des tribunaux. »

Malgré l'autorité de ces auteurs, nous croyons qu'il est préférable d'adopter la première opinion. Nous savons, en effet, que la tendance du législateur est d'affranchir la propriété des charges dont on peut présumer l'inutilité. Or, dans notre hypothèse, nous avons supposé qu'un exercice restreint de sa servitude, suffisait au propriétaire dominant pour tirer du fond servant les avantages qu'il avait en vue. On peut donc à bon droit, au bout de trente années, présumer l'inutilité d'un mode plus étendu et plus onéreux pour le propriétaire du fonds servant. C'est le moment de faire agir la prescription.

A cette règle, nous établirons une exception pour le cas où le titre ne mentionne qu'une assignation énonciative, car alors, le propriétaire dominant s'est réservé implicitement le droit de changer successivement et sans délai fatal le mode d'exercice de sa servitude.

Il a pris ses mesures, en quelque sorte, pour que les présomptions, qui forment la base de la prescription, ne puissent s'établir contre lui.

Si la servitude n'a jamais été exercée, il est évident qu'elle est éteinte au bout de trente ans, que le propriétaire du fonds servant ait fait ou non des actes contraires. Arg., art. 706.

Cette prescription extinctive des servitudes réelles que nous venons d'étudier, est d'ailleurs soumise

aux règles générales de la prescription. Ainsi, elle n'a point d'effet contre les personnes contre lesquelles ne court pas la prescription (art. 2252 et suiv.).

Si nous supposons que l'une de ces personnes soit propriétaire par indivis du fonds dominant, empêchera-t-elle ses copropriétaires capables, de subir les effets de la prescription ?

Nous savons que les servitudes sont indivisibles. Elles ne peuvent être créées ni s'éteindre pour partie. D'autre part, cette société de copropriétaires est réglée par l'art. 1859, et l'on peut en tirer cette conséquence, que si l'un d'eux jouit d'une servitude, tous sont censés en jouir au même titre, quand même l'émolument en serait divisible entre eux.

Ce que l'un fait, il est censé le faire pour le profit et sur mandat de tous. L'art. 709 n'est qu'une application de l'art. 1859 (Sic : Pothier, cout. d'Orléans, art. 26).

L'art. 710 décide aussi dans le même ordre d'idées, que la faveur accordée à une personne, contre qui ne court pas la prescription, ne lui est pas spéciale. Elle profite aussi à ceux qui ont le même intérêt. Il eût été difficile d'éteindre partiellement un droit que tout le monde s'accorde à considérer comme indivisible.

Il eût fallu alors sacrifier l'incapable, ce qui ne pouvait venir à l'esprit du législateur.

Mais si l'indivision vient à cesser entre plusieurs cohéritiers propriétaires d'un fonds dominant, à l'encontre duquel la prescription vient d'éteindre une servitude ; devra-t-on encore, en supposant que ce fonds tombe dans le lot d'un cohéritier capable, lui maintenir le bénéfice de suspension de prescription que lui procurait la présence d'un cohéritier mineur. Le doute provient de ce que l'art. 883 décide que le partage est déclaratif de propriété. La jurisprudence et la doctrine sont opposées sur ce point.

La première décide que l'héritier capable, étant censé, d'après l'art. 883, avoir toujours été propriétaire du fonds dominant, ne doit point profiter de la faveur accordée à un mineur qui lui est devenu tout à fait étranger (Cass., 2 déc. 1843, S. 46. 1. 21; 29 août 1853, S. 54. 4. 707). Quant à l'art. 710, la Cour de cassation s'en débarrasse, en disant qu'il a été écrit en vue des indivisions permanentes et non de l'indivision purement temporaire qui existe entre cohéritiers. Elle s'appuie, dit-elle, sur l'art. 2251, qui tend à limiter très étroitement les exceptions à la prescription.

Cependant la doctrine, en général, répond et avec raison, croyons-nous, que l'art. 710 ne distingue

point telle ou telle sorte d'indivision, mais les englobe toutes dans sa disposition générale. S'il faut employer une interprétation restrictive, c'est surtout à l'encontre de l'art. 883, qui, ainsi que l'indique la place même qu'il occupe, n'a évidemment pour but que de prévenir les fraudes entre cohéritiers. Nous sommes encore fortifiés dans cette idée, si nous nous reportons à la tradition et à la discussion du Code.

Les anciens auteurs, en introduisant dans le droit civil le principe de droit féodal, que le partage est déclaratif de propriété, n'eurent d'autre but, en dehors de préoccupations fiscales, dont nous n'avons pas à tenir compte, que de garantir le cohéritier acquéreur de l'immeuble indivis contre les hypothèques consenties du chef de l'un des autres cohéritiers (Cpr. Louet, lettre H, sommaire 11 ; Domat, lois civiles ; Liv. III, let. I, n° 15 ; Pothier, des successions, chap. I, art. 5, § I).

L'art. 883 présente bien encore aujourd'hui ce caractère. Cela ressort de la discussion qui eut lieu devant le corps législatif où le tribun Siméon ne lui accorde que cette portée (Observ. du Tribunat ; Locré, XIII, p. 456, n° 22).

Il faut reconnaître, de plus, qu'en pratique, l'interprétation de la jurisprudence tend à supprimer

l'utilité de l'art. 710 dans un grand nombre de cas (Cf. Demolombe, XII, 299 ; Demante, II, 586 *bis* ; Duranton, V, 670).

Preuve de la prescription. — On admet qu'elle peut se faire par tous les moyens possibles, mais à qui en incombera le charge ? L'art. 1315 pose le principe ; celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Cette preuve, une fois faite, ce sera à celui qui se prétend libéré d'établir le fait qui a produit sa libération.

Si donc, le propriétaire du fonds dominant n'exerce pas actuellement la servitude, c'est à lui qu'il appartiendra de prouver qu'il l'a exercée depuis moins de trente ans, en vertu d'un titre ou même en vertu d'une prescription trentenaire déjà acquise ; si la servitude s'y prête.

Mais si le propriétaire dominant est en possession de la servitude, c'est au propriétaire du fonds servant, qu'il appartient de prouver qu'il s'est écoulé une période de trente années, pendant laquelle la servitude n'a pas été exercée.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (Cf. Merlin, Quest. de droit, Usage, 159 ; Pardessus, II, 303 ; Demolombe, Servitudes, II, 1015 ; Paris, juillet 1826 ; S. 36. 1. 510 ; Rouen,

mars 1860 ; S. 69. 2. 113 ; Cass., fév. 1833 ; S. 33.
1. 161 ; Limoges, 19 janvier 1831 ; S. 31. 2. 233 ;
Paris, 20 fév. 1835 ; S. 36. 2. 24 ; Lyon, 9 avril
1881 ; D. 82. 2. 20.

CHAPITRE II

DES SERVITUDES PERSONNELLES

Section I

De l'usufruit. — Son extinction par la prescription de trente ans.

L'usufruit est un droit réel temporaire ou viager, qui autorise l'usufruitier à user et à jouir comme le propriétaire lui-même d'une chose appartenant à autrui, à charge d'en conserver la substance (Aubry et Rau, II, p. 465).

C'est donc un démembrement de la propriété qui comprend ce que les Romains appelaient le *jus utendi* et le *jus fruendi*, ne laissant au nu-propriétaire que le *jus abutendi* sous réserve des droits de l'usufruitier. Il absorbe la plus grande utilité de la chose qui en fait l'objet, car c'est surtout par l'usage qu'on peut en faire et les fruits qu'on peut en re-

tirer, que les objets corporels sont véritablement pour nous des biens.

L'on conçoit facilement que cet état de démembrement de la propriété ne soit que passager et provisoire, lorsqu'il est exigé par les circonstances ; et qu'il doive cesser dès que l'utilité de ce désagrément ne se fait plus sentir.

Aussi ce droit d'usufruit, ainsi d'ailleurs que ceux d'usage et d'habitation, est-il susceptible de s'éteindre par prescription comme les servitudes réelles dès que certains indices permettent de présumer qu'il a perdu son utilité.

Droit romain. — Il en était ainsi dès le début de la législation romaine, où l'usufruit s'éteignait par un non usage de deux ans, pour les immeubles, et de un an pour les meubles (Paul, Sent. III, 6, 30).

Le droit classique conserva ces dispositions qui ne furent modifiés que sous Justinien.

La réforme porta sur le temps requis et peut-être sur les conditions exigées.

Certains auteurs prétendent que cet empereur fixa le temps requis pour prescrire à trois ans pour les meubles et à dix ou vingt ans pour les immeubles (L. 16, C. *de usuf.*; Sic Accarias, I, p. 74 ; Voët, 7. 4, 6). Mais la Const. 13, C. l. 3, t. 34, abroge les différents délais, tant pour les meubles que pour

les immeubles (*Sic Molitor, Servit.*, n° 126 ; Vangerow, § 357). Il nous semble plus exact de dire que le délai de dix à vingt années s'appliquait aux meubles ainsi qu'aux immeubles (*Glasson, op. cit.*).

Dans le droit classique le non usage suffisait et il paraît bien qu'il en était encore ainsi sous Justinien, on a cependant prétendu qu'il exige un acte contraire en s'appuyant sur le texte de la Const. 16, l. 3, 33, qui assimile l'usufruitier au nu-propriétaire. Mais la Const. 13, C. III, 34, qui est postérieure (elle est de 531, la Const. 16 est de 530), parle de l'extinction de l'usufruit par le non usage, et se trouve confirmée par d'autres textes (Cf. L. 10, *de vi el. XLIII*, 16 ; *Basiliques*, L. VIII, tit. 39, 1, 16). On appliquait pour le non usage de l'usufruit, les mêmes règles que pour celui des servitudes réelles.

Il s'éteignait à partir de la cessation de son exercice, ou lorsqu'on en usait suivant un autre mode que celui indiqué au titre ; lorsqu'il avait porté sur un autre objet que ne l'indiquait le titre.

Le droit de l'usufruitier pouvait s'éteindre en partie lorsqu'il n'avait été exercé que d'une façon restreinte, car, de sa nature même, il est divisible. On en déduisait cette conséquence qu'à la différence de ce qui se passe pour les servitudes réelles, il n'était pas conservé à l'égard de tous s'il y avait indi-

vision, par ce fait que la prescription ne pouvait courir contre l'un des co-propriétaires. Il y avait autant de délais que de personnes.

Ce caractère de divisibilité faisait encore que l'usufruitier, qui n'exerçait qu'une partie de son droit, devait, pour le conserver en entier, avoir l'*animus possidendi* relativement à la totalité (L. 20, *Quibus modis usuf. amitt.* VII, 4, Paul).

L'usufruit établi *in singulos annos, in singulos menses...* ne s'éteignait pas par prescription, car on considérait qu'il n'y avait non un seul, mais toute une série d'usufruits prenant naissance chaque jour, mois...

L'exercice du droit d'usufruit pouvait s'accomplir, soit par le titulaire du droit lui-même, soit par un mandataire locataire ou fermier, par exemple, ou même par un simple *negotiorum gestor*, pourvu qu'il eût agi au nom du titulaire (L. 38, *de usuf...*).

L'usufruitier qui avait vendu ou loué son droit, était censé en jouir par le fait seul de toucher le fermage ou son prix de vente et ne pouvait subir la prescription extinctive (L. 38 et 39, *de usuf.*).

II. *Ancien droit.* — L'ancien droit français admettait l'extinction de l'usufruit par un non usage de trente ans. Les pays de droit écrit s'en tenaient à

cette prescription, mais ceux de coutume admettaient aussi une prescription de dix à vingt ans en faveur des tiers qui avaient acquis avec juste titre et bonne foi la chose sujette à usufruit.

Pothier disait à ce sujet (*Du douaire*, n° 249) : « Lorsqu'un tiers détenteur de l'héritage chargé d'usufruit, l'a possédé comme libre et franc de l'usufruit, dont il n'avait pas connaissance, pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents, il obtient, par cette possession de dix ou vingt ans, l'affranchissement ou l'extinction des droits d'usufruit dont l'héritage était chargé. »

L'usufruitier, comme en droit romain, pouvait jouir par lui-même ou par un tiers, locataire, fermier, etc. (Rousseaud de Lacombe, IV, n° 15). Mais s'il donnait son usufruit il n'était pas par cela seul réputé en jouir lui-même. Le droit ne se conservait qu'autant que le donataire en usait. L'usufruit se conservait encore si le titulaire était une de ces personnes contre lesquelles ne court point la prescription.

L'usufruit légué pour tant de mois, tant d'années, ne pouvait être perçu qu'une fois, à moins que le testateur n'indiquât qu'il cédait l'usufruit autant de fois qu'il y avait de mois ou d'années. En ce cas il y avait legs de plusieurs usufruits (Cf. Rousseaud

de Lacombe, n° 790 ; Dumoulin, *Cout. de Paris*, § 13).

Droit civil. — Aujourd'hui ce droit d'usufruit s'éteint ordinairement par la prescription de trente ans, mais il est aussi soumis à celle de dix à vingt années dans certaines conditions que nous aurons à déterminer.

Par la prescription trentenaire, qui est purement extinctive, l'usufruit s'éteint directement, tandis que dans celle de dix à vingt ans, ce n'est qu'indirectement qu'il se perd pour l'usufruitier lorsqu'il a été acquis par une autre personne.

Nous allons examiner qu'elles sont les conditions requises pour que la prescription trentenaire s'applique.

Prescription trentenaire de l'usufruit. — Le simple non usage suffit dans notre droit pour amener au bout de trente années l'extinction de l'usufruit, c'est, ainsi que nous l'avons déjà dit, une prescription purement extinctive.

L'usufruit lorsqu'il porte sur la propriété toute entière, en absorbe temporairement, il est vrai, tous les avantages. La nue-propriété n'est plus guère qu'un droit latent. Cependant cette dernière, comme la propriété, a une vitalité bien supérieure

aux charges personnelles ou réelles qui la grèvent elle n'a besoin d'aucun acte du titulaire pour se conserver. Le droit d'usufruit, au contraire, est destiné à périr, et il s'éteindra même avant la mort de son titulaire, si ce dernier cesse pendant un certain temps de l'exercer.

Tous les biens corporels peuvent faire l'objet d'un usufruit qui, lui-même, sera prescriptible par trente années de non usage. Le droit français n'a pas admis la distinction que les Romains établissaient à cet égard entre les meubles et les immeubles.

Mais cette remarque n'est rigoureusement exacte que dans les rapports de l'usufruitier avec le nu-propriétaire. Le législateur, en tenant compte de l'intérêt qu'il peut y avoir à ne pas entraver la circulation des meubles, et à ne pas laisser leur propriété indécise, a établi pour eux (sauf exception, 2280), une prescription instantanée, lorsque le possesseur est de bonne foi et qu'il s'agit de meubles corporels (2279, Cass. 7 fév. 1849, S. 49. 1. 170).

La prescription extinctive des droits personnels résulte du non usage à deux conditions : 1° Que ce non usage soit complet et absolu ; 2° Qu'il ait duré pendant trente ans.

1° Il faut d'abord qu'il y ait non usage. Il n'existerait pas au sens juridique du mot si quelqu'un jouissait à la place de l'usufruitier, soit à titre de

locataire, de fermier, ou même de *negotiorum gestor* agissant au nom de l'usufruitier.

Il n'y aurait pas encore non usage si les créanciers obtenaient des tribunaux qu'on remit en leurs mains l'émolument de l'usufruit. Nous avons vu que les anciens jurisconsultes allaient encore plus loin lorsqu'ils décidaient qu'il n'y avait point non usage alors que que l'usufruitier avait touché ses loyers ou fermages, ou le prix de la vente, quand bien même l'acquéreur ou le locataire n'eussent point joui effectivement du bien sujet à usufruit pendant trente années (L. 38 et 39 ; D. *de usuf.* VII, 1 ; Pothier, *Du Douaire*, n° 251 ; Proudhon, IV, 2, 110).

Cette théorie était exagérée et ne devait point être admise dans notre droit actuel. Si l'usufruitier a cédé son droit, l'acquéreur en jouit à ses risques et périls. Si par sa négligence il laisse effectuer la prescription extinctive, son vendeur, qui a dû toucher le prix de la cession, ne subit aucun préjudice. Il n'y a donc point à le protéger. S'il s'agit d'un louage, c'est à l'usufruitier de surveiller son bien ; d'ailleurs, s'il subit la prescription de trente ans, il aura un recours en dommages contre le locataire ou fermier.

Dans ces deux cas, il a cessé de posséder matériellement la chose. Son droit est donc éteint par le non usage (*Sic*, Demolombe, X, 695 ; Mercadé II,

sur l'art. 617 ; Demante, II, 463 *bis* ; Aubry et Rau, II, p. 510).

Si l'usufruitier se sert de la chose, objet du droit, pour un usage auquel elle n'est pas destinée, il y a abus de jouissance et le nu-propriétaire pourra provoquer la déchéance de l'usufruit (art. 618). Mais il n'y a pas non usage car l'on ne peut présumer de ce fait ni la renonciation de l'usufruitier à son droit, ni l'inutilité du démembrement de la propriété. Mais il en est autrement si l'usufruitier a exercé son droit sur des choses autres que celles soumises à son droit d'usufruit. Sur ces dernières, son droit se trouve éteint au bout de trente ans par suite du non-usage. Mais, d'autre part, il aura pu acquérir sur les choses dont il a joui un nouveau droit d'usufruit s'il a rempli les conditions requises pour invoquer la prescription acquisitive (Cf. Pothier, *Du Douaire*, n° 249.

2^e édition. Il faut que le non-usage soit complet et absolu. Une jouissance partielle et incomplète conserve le droit d'usufruit (Demolombe, X, 696 ; Proudhon, IV, 2102). Il faut faire cependant ici une distinction qu'avaient établie les jurisconsultes romains.

Pour que l'usufruitier ait une possession complète il lui faut le *corpus* et l'*animus sibi habendi*.

Si l'usufruitier n'a usé de son droit qu'en partie parce que cela était à sa convenance, mais sans

ignorer toute l'étendue de son droit. Cette jouissance partielle conservera le droit intact.

Mais s'il n'en a ainsi usé que parce qu'il se trompait sur l'étendue de son usufruit qu'il croyait exercer en entier, alors, au bout de trente ans, ce droit s'éteindra pour partie dans la mesure où l'usufruitier n'en a point joui. Nous adopterions cependant une solution contraire si l'usufruit, au lieu de porter sur des objets déterminés, comprenait une universalité. Car pour jouir d'une universalité, il n'est pas besoin de connaître individuellement tous les objets qui la composent.

3^e condition. Pour amener l'extinction de l'usufruit par la prescription, le non-usage doit durer trente ans. Ainsi se trouve supprimée la distinction que le droit romain établissait entre les meubles et les immeubles.

Le point de départ de la prescription sera le jour où a été accompli le dernier acte de jouissance. Nous retrouvons ici une difficulté que nous avons déjà eu à résoudre en traitant des servitudes discontinues.

S'il s'agit d'un usufruit dont l'exercice ne s'accomplit qu'à de longs intervalles, le point de départ sera-t-il le jour du dernier acte de jouissance, ou bien celui où l'on eût dû régulièrement accomplir le dernier acte d'exercice ? On admet ici, en général, une solution différente de celle que nous avons adoptée pour les servitudes (Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 2121,

p. 272 ; Laurent, VIII, 64, 79 ; Glasson, *Rev. prat. de Dr. franç.*, XXXV).

L'on fait remarquer qu'il existe entre les deux cas d'importantes différences. Le droit de servitude est généralement un droit simple que l'on exerce en entier en accomplissant un acte : puiser de l'eau, suivre un chemin. L'usufruit, au contraire, est plus complexe ; il comporte en plus du *fructus*, l'*usus* ; or, généralement, ce n'est que le droit de percevoir des fruits dont les actes d'exercice se trouvent espacés, par exemple pour un bois taillis ; mais l'usufruitier peut, pendant les intervalles, visiter son bois, le surveiller ; il remplira même ainsi l'une des conditions que lui impose le Code, celle de jouir en bon père de famille. S'il ne le fait point, il est coupable de négligence.

Cette opinion nous paraît encore justifiée par ce fait que l'usufruit est une charge fort lourde et qu'il importe davantage de ramener la propriété à son état normal.

Les motifs qui nous font adopter cette solution nous conduisent aussi à admettre une exception pour le cas où l'usufruit se trouve épuisé par l'accomplissement d'un acte simple comme dans le cas d'une servitude personnelle de passage, si le chemin n'a pas eu, pendant trente ans, besoin de réparations.

En droit romain, l'extinction par le non-usage ne

s'appliquait pas lorsque l'usufruit était établi *alternis annis* par testament (L. 2, § 1, *Quib. mod. usuf. amitt.*, 7), on considérait qu'il y avait plusieurs usufruits successifs.

Cette distinction ne peut être admise à l'heure actuelle, aucun texte ne l'autorise.

Cette prescription extinctive des servitudes personnelles est soumise aux règles ordinaires de l'interruption ou de suspension. Elle ne court ni contre un mineur, ni contre un interdit, ni un immeuble dotal.

Si l'usufruit était établi à terme ou sous condition, il faut admettre qu'on peut le prescrire avant l'arrivée du terme ou de la condition. Il n'en est pas de même pour les droits personnels (2257). On invoque contre cette opinion la maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio*, mais à tort, selon nous, car l'usufruitier a, dès le principe, un droit parfaitement établi qu'il peut aliéner, hypothéquer, etc., sans compter les actes conservatoires dont il a la disposition.

L'art. 2257 établit une exception à la règle générale contenue dans l'art. 2251 qui décide qu'à moins d'une exception, la prescription court contre toute personne. Or, nous n'en avons pas en matière d'usufruit.

Section II

De l'usage et de l'habitation.

C'est un droit d'usufruit limité aux besoins du titulaire et à ceux de sa famille.

Au point de vue de la prescription, il y a donc lieu d'appliquer toutes les règles que nous venons d'énoncer. On use par soi-même et par les siens. C'était la solution de l'ancien droit. « En cas d'absence du mari ou de la femme, à qui l'usage a été légué, le conjoint ou sa famille retiennent l'usage quoique l'absence ait duré un temps suffisant pour faire perdre le droit par non usage (Rousseaud de Lacombe, *Usage*, n° 3).

Le droit d'habitation est un droit d'usage ayant pour objet une maison. Il ne constitue plus dans notre législation un droit distinct. On lui appliquera donc les règles de l'usage ou plutôt de l'usufruit.

CHAPITRE III

DE L'EXTINCTION DES SERVITUDES PAR LA PRESCRIPTION DE 10 A 20 ANS

Nous venons d'étudier l'extinction des servitudes, tant réelles que personnelles, par suite de non usage. Il nous reste à nous demander si elles ne sont pas susceptibles de s'étendre par une prescription acquisitive de 10 à 20 ans, lorsqu'un tiers aura possédé avec juste titre et bonne foi la chose soumise au droit de servitude. Cette étude se présente sous un aspect différent, suivant qu'il s'agit de l'usufruit ou des services fonciers.

Section I

Usufruit.

Nous avons vu qu'en droit romain on ne put d'abord acquérir un usufruit par usucapion, car ce ne

fut qu'assez tard que l'on admit la quasi-possession des servitudes.

Dans l'ancien droit français, Pothier nous dit qu'on admettait la prescription des choses corporelles et incorporelles.

Aujourd'hui cette question de l'extinction de l'usufruit par 10 à 20 ans ne se pose pas pour les meubles.

Ils se trouvent en effet soumis à la prescription instantanée de l'art. 2279 ou bien à celle de trente ans.

Pour l'usufruit des immeubles, nous sommes forcés d'admettre en présence de l'art. 2265 qu'il peut s'établir par une prescription acquisitive de 10 à 20 ans. Ce droit est en effet susceptible de possession qui consiste en « la détention ou la jouissance d'une chose » (art. 2228).

Il résultera nécessairement de cette prescription que dans certains cas un usufruit précédent se trouvera éteint ou tout au moins impossible à exercer.

Il y aura eu une véritable *usucapio libertatis* en faveur de celui à qui appartient la nue-propriété.

On objecte que la loi n'en parle pas dans l'art. 579, et qu'elle semble écarter cette prescription de 10 à 20 ans dans l'art. 617. Il suffit de faire remarquer que les termes de ces articles ne sont pas in-

compatibles avec l'établissement de cette prescription.

On ajoute encore qu'on ne peut prescrire un usufruit, car l'usufruitier possède pour autrui (2236). Mais cet usufruitier peut parfaitement posséder de bonne foi la propriété pour autrui et l'usufruit pour lui-même (Delvincourt, I, p. 348 ; Proudhon, II, 751 ; Duranton, IV, 502 ; Troplong, *Prescription*, II, 855 ; Demolombe, X, 241 ; Baudry-Lacantinerie, I, p. 820 ; Cass., juillet 1816, S. 17. 1. 252.

Cette prescription peut se présenter dans trois cas bien distincts :

1° Un tiers a acquis avec juste titre et bonne foi un droit d'usufruit à l'encontre d'un usufruitier qui ne jouissait pas de son droit. Ce tiers, au bout de 10 à 20 années, aura acquis le droit d'usufruit. Mais faut-il dire pour cela que le premier usufruit est éteint ?

C'est ce que soutient Delvincourt (I, p. 628, note 4, ainsi que Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, 226). Nous croyons plutôt que le droit du premier usufruitier subsiste tout en étant paralysé par celui que la prescription a fait acquérir au tiers possesseur. En décider autrement serait accorder au nu-propriétaire le bénéfice possible d'un droit sans qu'il n'ait rien fait pour l'acquérir, et même dans cer-

tains cas l'inciter à favoriser l'erreur dans laquelle se trouve le tiers de bonne foi.

Ce tiers, en effet, peut tenir son juste titre soit du véritable propriétaire, qui cède ainsi une seconde fois l'usufruit de son bien. L'intérêt de ce dernier est bien évident, puisqu'il touche encore le prix de son usufruit, il s'expose, il est vrai, à des dommages envers le premier usufruitier.

Le tiers de bonne foi peut aussi tenir son titre d'un non usufruitier qui lui aura concédé sans droit cet usufruit.

Le nu-propriétaire a alors le droit de se faire présenter le titre de cession par ce tiers acquéreur avant de le laisser entrer en jouissance. Mais s'il est à présumer que l'existence de ce nouvel usufruitier sera moins longue que celle du véritable titulaire, alors le nu-propriétaire aura intérêt à laisser persister l'erreur, puisque ce sera lui qui profitera de l'extinction de cet usufruit. Si l'on décide au contraire que c'est le premier usufruit qui revit, alors il lui sera préférable de la dévoiler, car il devra subir l'usufruit le plus long.

Il en serait encore de même si un non propriétaire avait concédé son titre au possesseur de bonne foi.

Nous déciderons, en conséquence, qu'à la mort du second usufruitier le droit du premier s'exercera de

nouveau, s'il est encore vivant, à moins qu'il n'ait déjà été indemnisé par le nu-propriétaire (En ce sens : Demolombe, X, p. 568 ; Glasson, *Rev. prat. de dr. franç.*, t. XXXIV).

Deuxième hypothèse. — Un tiers acquiert de bonne foi *a non domino* un immeuble grevé d'usufruit et qu'il croit libre.

Nous admettrons que cet acquéreur, au bout de 10 à 20 ans, aura prescrit l'usufruit et que la pleine propriété lui appartiendra.

Il remplit, en effet, toutes les conditions requises pour prescrire, puisque nous lui avons supposé juste titre et bonne foi et qu'il a encore l'*animus sibi habendi*.

On objecte que dans notre cas il possède l'usufruit comme une qualité de son droit de propriété, et non point comme un démembrement. Cette circonstance importe peu, car il n'en a pas moins l'intention de se l'approprier. On doit cependant en tirer cette conséquence qu'il ne saurait acquérir l'usufruit avant la nue-propriété, car son intention n'a pas été de les acquérir séparément (Dalloz, *Répert. Prescript.*, p. 174 ; Duranton, IV, 502). Nous arrivons donc à une solution identique à celle de notre première hypothèse, avec cette différence qu'il y a deux prescriptions qui doivent s'accomplir en même temps.

Troisième hypothèse. — Un tiers a acquis de bonne foi *a domino* un immeuble grevé qu'il croyait libre. La nue-propriété lui appartient ici légitimement. Aura-t-il, au bout de dix à vingt ans de possession, usucapé l'usufruit. Certains auteurs prétendent qu'il n'a pas eu la possession de l'usufruit, en tant que droit distinct de la propriété, qu'en conséquence il ne saurait l'acquérir. La majorité de la doctrine admet l'opinion inverse et déclare que ce tiers aura acquis, après dix à vingt ans de possession, un usufruit préférable à celui du premier usufruitier, car il importe peu qu'il ait possédé cet usufruit comme droit distinct, puisque son intention évidente était d'acquérir la pleine propriété et qu'il y arrive par ce moyen.

L'usufruitier évincé pourra réclamer au nu-propriétaire une indemnité pour le préjudice qu'il lui a causé.

En ce sens : Proudhon, II, 2135 ; Duranton, IV, 673 ; Troplong, II, *Prescription*, 854 ; Demolombe, X, 741 ; Aubry et Rau, II, 521 ; Glasson, *Rev. prat.*, t. XXXV.

Section II

Servitudes réelles.

Nous venons de voir que pour l'usufruit la prescription de dix à vingt ans est généralement admise,

mais pour les servitudes réelles il s'est établi à ce sujet une divergence d'opinion entre la doctrine et une jurisprudence à laquelle se sont ralliés un certain nombre d'auteurs.

Toute la discussion porte d'ailleurs sur le plus ou moins d'étendue qu'il faut accorder aux art. 690 et 706.

A. D'après la jurisprudence et ses partisans « la prescription de 10 à 20 ans établie par l'art. 2265 est complètement étrangère à l'extinction aussi bien qu'à l'acquisition des servitudes réelles. » (Aubry et Rau, p. 407, III). On objecte que l'on devrait en dire autant de l'usufruit, car l'art. 2264 renvoie aussi bien à l'article 617 qu'à l'art. 706, or leurs termes sont identiques.

Maissi les termes sont identiques, réplique-t-on, les matières qu'ils traitent sont différentes. On peut, en effet, admettre que l'usufruit immobilier puisse s'éteindre par une prescription de 10 à 20 ans, puisqu'elle suffit pour le faire acquérir, mais il n'en est pas de même pour les charges réelles puisque même les servitudes continues et apparentes ne peuvent s'acquérir que par la possession trentenaire.

Un arrêt de la chambre des requêtes du 23 nov. 1875, D. 76. 1. 423, porte « qu'aux termes de l'art. 2265 la prescription de 10 à 20 ans est particulière

à l'acquisition de la propriété des immeubles, que loin d'avoir étendu cette prescription à l'existence des servitudes réelles, l'art. 2264 dispose que les règles de la prescription sur d'autres objets sont expliqués aux titres qui leur sont propres et que d'après l'art. 706 la prescription de 30 ans est la seule qui puisse opérer l'extinction de la servitude.

Il y a encore entre les deux cas cette autre différence que le tiers acquéreur qui possède un immeuble comme libre, exerce le droit de l'usufruitier, il remplit donc, s'il a juste titre et bonne foi, les conditions requises pour invoquer la prescription acquisitive. Si le droit de l'usufruitier s'éteint, c'est d'une façon indirecte.

Mais celui qui possède un immeuble qu'il croit libre de toute servitude, n'exerce pas pour cela le droit du propriétaire du fonds dominant. Si ce droit doit s'éteindre ce n'est que par une prescription extinctive.

Ensuite pourquoi distinguer celui qui a constitué la servitude, de l'acquéreur de bonne foi du fonds servant, puisque c'est le fonds lui-même qui doit cette servitude et non point son possesseur.

Enfin l'on fait remarquer que l'opinion d'après laquelle l'usufruit peut s'éteindre par prescription acquisitive, quoique généralement admise, ne va pas sans objections.

Ces raisons semblent décisives à la jurisprudence et à certains auteurs et ils décident que la matière des servitudes réelles est entièrement réglée par les art. 690, 691 et 706.

En ce sens : Toullier, III, 6, 88 ; Pardessus, II, 306 ; Demolombe, XII, 1004 ; Leroux de Bretagne, II, 1059 ; Aubry et Rau, 4^e édit. III, p. 107, n° 23. Paris, 25 août 1834, S. 35. 2. 134 ; Orléans, 31 déc. 1835, S. 36. 2. 5 ; Cass., 20 déc. 1834, S. 37. 1. 145 ; Limoges, 14 fév. 1837, S. 37. 1. 506 ; Req. rej., 1838, 16 avril, S. 38. 1. 746 ; Agen, 23 nov. 1857, S. 57. 2. 769.

B. Malgré ces raisons, nous nous rallierons plutôt à un important parti de la doctrine qui admet que la prescription de 10 à 20 ans peut s'appliquer aux servitudes réelles.

Nous croyons qu'il n'y a pas de bonnes raisons pour interpréter d'une façon différente les art. 617 et 706 dont les termes sont identiques.

Il faut dire, pour tous deux, qu'ils n'envisagent que la prescription extinctive.

Le Code ne parle pas de la prescription acquisitive en matière de servitudes, si ce n'est d'une façon incomplète dans l'art. 690, car là encore, selon nous, il ne prévoit pas le cas où un tiers acquiert un immeuble qu'il croit libre de charges et celui où il a acquis *a non domino*.

Il nous paraît d'autant plus rationnel d'assimiler les charges réelles à l'usufruit qu'il s'agit dans les deux cas, de libérer la propriété en la ramenant à son état naturel.

Nous attribuerons en conséquence à l'art. 2265, une portée générale et nous dirons que celui qui, se croyant propriétaire d'un immeuble libre, remplit les conditions exigées pour en prescrire la propriété, la prescrit complète, libre de toutes charges.

Si le législateur eût voulu apporter une restriction à cette règle et en excepter les servitudes réelles, il n'eût pas manqué de le dire. Ce silence n'est pas le résultat d'un oubli, et il nous paraît d'autant plus significatif, que l'art. 186 de la Cout. de Paris admettait expressément une prescription de 10 à 20 ans pour les servitudes (Cpr. Pothier, *Prescription*, 139).

L'on peut encore faire remarquer que dans une circonstance analogue, en matière d'hypothèque, le législateur accorde, selon nous, la prescription acquisitive, art. 2180. Il ne saurait cependant y avoir lieu pour ce droit, à une véritable possession pouvant conduire à l'usucapion.

Enfin, comme l'écrit Bressoles (*Rev. du dr. fr. et étr.* nouvelle série, V, 745), l'utilité générale semble mieux sauvegardée par notre solution.

Marcadé établit une distinction et n'admet cette

opinion que pour le cas où le tiers acquéreur a reçu l'immeuble *a non domino*.

Nous ne voyons pas sur quoi repose cette restriction. Il suffira de faire remarquer que le législateur ne l'établit pas en matière d'hypothèque.

Notre conclusion sera donc que les servitudes réelles, de même que l'usufruit, peuvent s'éteindre par une prescription de dix à vingt ans en faveur d'un tiers acquéreur de bonne foi ou *a non domino* (Cf. Duranton, V, 601 ; Machelard, *Distinct. des servit.*, p. 450 ; Demante, V, 365 bis ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, 568 ; Toulier, II, 466 ; Delvincourt, I, 423 ; Vergeilles, *Des Prescriptions*, I, 429 ; Nancy, 1842, S, 42. 3. 135 ; Glasson, *op. cit.*).

Cette prescription n'est d'ailleurs pas spéciale et doit remplir toutes les conditions de la prescription acquisitive. Il doit y avoir possession, juste titre et bonne foi.

Il faut une véritable possession, qui ne saurait résulter simplement du non usage, même pour les servitudes discontinues, car ici il faut qu'il y ait *usucapio libertatis*. Il faudra par exemple que le propriétaire dominant accomplisse des travaux indiquant clairement sa volonté de s'emparer de la servitude.

Le juste titre résultera d'une déclaration de l'ayant cause que l'immeuble est libre. Le silence suffirait même pour une servitude non apparente.

Si elle était apparente, une déclaration expresse serait nécessaire.

Pour les servitudes continues, il faudra une manifestation de volonté du même genre. Ce ne saurait être qu'un acte contraire à la servitude.

Enfin, il faudra la bonne foi, c'est-à-dire la croyance que l'immeuble est libre de charges. Elle se présumera d'ailleurs.

Cette prescription de 10 à 20 ans des servitudes est indépendante de celle de la propriété, c'est-à-dire qu'elle peut s'accomplir dans un délai différent. Cependant nous admettrons ici la solution que nous avons déjà admise pour l'usufruit, lorsque le tiers acquéreur tient son titre d'un non propriétaire, il doit prescrire à la fois la propriété et les servitudes qui grèvent le fonds. Nous déciderons pour les mêmes raisons, qu'il ne saurait acquérir la libération du fonds avant sa propriété. Telle n'a pas été en effet son intention.

Mais la réciproque ne serait pas exacte. Le tiers acquéreur de bonne foi et *a non domino* peut prescrire la liberté du fonds avant les servitudes qui le grèvent. Il agit en effet contre deux personnes différentes, le propriétaire du fonds dominant et celui du fonds servant.

CHAPITRE IV.

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES PAR LA PRESCRIPTION.

Les privilèges et hypothèques sont des charges réelles qui grèvent la propriété. Ce sont encore des restrictions apportées à ce droit et qu'il est désirable de voir disparaître dès que leur inutilité se fait sentir. Comme les servitudes conventionnelles elles s'éteignent par la prescription.

I. *Droit Romain.* — L'action hypothécaire se prescrivait à Rome, au bénéfice du possesseur de bonne foi, au bout de 10 à 20 ans, selon que le possesseur et le créancier hypothécaire habitaient la même province ou des provinces différentes (L. 2, C. *Si adv. credit*, VII, 36). On abandonne aujourd'hui la théorie suivant laquelle la *præscriptio longi temporis* contre l'ancien propriétaire fournissait aussi un moyen de défense contre tous ceux qui réclamaient des droits réels sur la chose.

Le propriétaire qui consent des droits réels sur la chose n'a plus, en effet, qu'un droit de propriété imparfait. Par la *prescriptio longi temporis*, ce n'est que ce droit imparfait que le possesseur acquiert contre l'ancien propriétaire. Il pourra prescrire aussi le droit réel contre celui qui en est le titulaire ; mais cette dernière prescription s'accomplira indépendamment de l'autre et ne sera pas une conséquence de la première. Si, par exemple, j'ai acquis *a domino* sans connaître les hypothèques dont la chose est grevée, je n'aurai pas besoin de prescrire contre le propriétaire et je pourrai prescrire contre le créancier hypothécaire (L. 5, § 1. *C. de tempor. præscript.* — L. 25, *C. de fid.* VIII, 41. — L. XIX, *C. de evict.* VIII, 43).

Le possesseur qui avait ainsi prescrit contre le créancier hypothécaire pouvait exercer la revendication ou la publicienne, quand bien même la chose aurait été entre les mains du créancier ; car à l'exception opposée par ce dernier il pouvait répliquer par la *præscriptio longi temporis*.

Cette prescription était soumise aux mêmes règles que l'usucapion ordinaire. Il fallait juste titre et bonne foi, d'où cette conséquence qu'elle ne pouvait être invoquée ni par le créancier hypothécaire lui-même, ni par ses héritiers ou ayants cause à titre

universel, ni enfin par l'acquéreur de mauvaise foi.

D'après la Constitution de Théodose-le-Jeune, qui est peut-être renouvelée elle-même d'une Constitution de Théodose-le-Grand (Accarias, II, p. 1148, n° 2), le tiers possesseur peut sans doute opposer la prescription trentenaire de l'action du créancier hypothécaire (L. I, C. Théod. *De act. cert. temp.* IV, 11). Mais cette faveur ne pouvait être invoquée, ni par le débiteur, ni par ses héritiers.

L'empereur Justin décida (L. 7, C. *de præscript. trig. vel. quadr. ann.* VII, 39), que l'action hypothécaire s'éteindrait au bout de 40 ans (Accarias, I, p. 151), alors même que la chose serait restée aux mains du débiteur. Avant cette constitution, l'obligation éteinte au bout de trente ans laissait subsister perpétuellement une obligation naturelle qui servait de base à l'hypothèque.

II. *Ancien Droit.* — L'opinion précédente est encore donnée par Pothier, car l'ancien droit avait suivi le droit Romain. Cependant la prescription de quarante ans, avait soulevé de vives critiques parmi les auteurs (Cf. Dumoulin, *Cout. du Bourbonnais*, art. 23; d'Argentré, *Cout. de Bretagne*, 273; Maynard, Boutaric). Chopin et Charondas prétendaient que la prescription de quarante ans n'était

admise dans la Coutume de Paris, que pour les créances de l'Eglise. La controverse dura jusqu'à la fin du XVI^e siècle (Voir arr. du Parl. de Paris, 1587, 1608 ; Cout. de Paris, art. 118). La prescription de 40 ans fut admise dans les pays de droit écrit (excepté à Bordeaux et à Toulouse), et dans un grand nombre de pays de Coutumes (Cf. Bretonnière sur Henrys, IV, 6, quest. 75). Mais cette prescription ne fut admise que pour les hypothèques conventionnelles. Les hypothèques légales et les hypothèques judiciaires restèrent soumises à la prescription de trente ans. La prescription de dix à vingt ans passa aussi du droit romain dans le droit français, aussi bien dans les pays de droit écrit (sauf Orléans. tit. IV), qui n'admettaient pour la propriété que la prescription de trente ans, que dans les pays de coutumes. Le point de départ de cette prescription était le moment où le tiers détenteur réunissait les qualités requises pour prescrire (Pothier, *Hypoth.* IX, chap. III, n^{os} 202, 204). Ces conditions étaient le juste titre et la bonne foi, c'est-à-dire qu'il devait ignorer l'existence de l'hypothèque.

Mais il existait une différence à ce sujet, entre les pays de droit écrit et ceux de coutume. Les premiers n'exigeaient la bonne foi que lors de la tradition, conformément aux principes du droit Romain. Dans les autres, elle devait exister au con-

traire pendant tout le temps requis pour la prescription.

Pothier, *Hypoth.* chap. III, p. 6, dit : « dans notre coutume qui n'a pas admis la prescription de dix à vingt ans, le tiers acquéreur, soit qu'il ait un autre titre ou non, ne peut accomplir la libération de l'hypothèque que par la prescription de trente ans (Sic. Cout. de Paris, art. 115).

La possession devait être « franche et ouverte », mais on exigeait en outre que le créancier hypothécaire n'eût pas une juste cause d'ignorer l'aliénation, ce qui aurait eu lieu par exemple si le débiteur après avoir vendu, avait joui de son immeuble à un autre titre.

La formalité de l'insinuation était en outre exigée, si le juste titre était un acte à titre gratuit. Pour accomplir le temps requis pour la prescription, l'acquéreur ayant juste titre et bonne foi, pouvait joindre sa possession à celle de son auteur, lorsque celui-ci était un successeur à titre particulier.

Dans les pays où la bonne foi n'était exigée qu'au début, le successeur de mauvaise foi pouvait continuer une possession qui avait commencé de bonne foi.

Dans les autres pays, la prescription n'était acquise, en ce cas, qu'au bout de trente années (Cf. Cout. de Paris, 113-114). Ces règles s'appliquaient

même au cas où l'hypothèque garantissait une dette sous condition ou à terme, car le créancier pouvait sauvegarder son droit. Il lui suffisait d'intenter une action en déclaration d'hypothèque. Le jugement qui intervenait alors constatait l'existence de l'hypothèque sur l'immeuble possédé par un tiers qui devenait alors de mauvaise foi et ne pouvait prescrire que par trente ans.

Sous le droit intermédiaire, la loi du 9 thermidor an VIII, avait organisé le système des cédulas hypothécaires qui donnaient une action pouvant s'exercer pendant dix ans (Cf. Duvergier, t. VIII). Mais la Convention ajourna elle-même l'exécution de cette loi qui ne fut jamais appliquée.

Droit civil. — Dans notre droit actuel, les privilèges et les hypothèques s'éteignent par la prescription. Leur extinction se produit de deux manières, accessoirement ou par voie principale.

Accessoirement. — Les privilèges et les hypothèques sont des droits réels rétablis par la loi ou consentis par la volonté de l'homme pour garantir des créances.

Leur existence est subordonnée à celle d'un autre droit qu'ils viennent fortifier.

D'où cette conséquence que, soit qu'ils portent sur des meubles ou sur des immeubles, que les hypothèques soient légales, judiciaires ou convention-

nelles, ils s'éteignent toujours avec la créance qu'ils ont pour but de garantir ; d'une façon définitive et irrévocable, quand bien même la créance viendrait à renaître.

La prescription de la créance entraîne la prescription des droits réels qui la garantissent et contrairement à ce qui se passait en droit romain, l'action personnelle étant éteinte, les privilèges et hypothèques ne peuvent jamais survivre.

Par voie principale. — Les privilèges et hypothèques peuvent aussi s'éteindre par voie principale indépendamment de la créance dont ils sont les accessoires.

Pour étudier la prescription de ces droits réels il faut distinguer : 1^o les privilèges mobiliers ; 2^o les privilèges immobiliers et les hypothèques.

Section I

De l'extinction des privilèges mobiliers.

Les privilèges mobiliers, au moins ceux qui reposent sur une idée de gage, sont des droits réels, mais

des droits réels incomplets, car, sauf les exceptions dont nous allons parler, ils donnent à celui qui en est investi un simple droit de préférence sans droit de suite.

Tant que l'objet affecté à la garantie d'une créance reste entre les mains du débiteur, le droit du créancier sur cet objet ne peut s'éteindre qu'accessoirement avec la créance et l'action personnelle, mais si la chose passe aux mains d'un tiers et que ce tiers soit de bonne foi, il y a prescription instantanée à l'encontre du créancier. C'est, d'ailleurs, la prescription admise pour le droit réel absolu, celui de propriété (2279). Le propriétaire et le gagiste ont des droits aussi forts dans ce cas. Si la chose a été perdue ou volée le propriétaire peut pendant trois ans la revendiquer entre les mains du tiers détenteur, mais il ne s'agit ici ni de prescription acquisitive, ni de prescription extinctive. La première suppose, en effet, la possession chez celui qui prescrit. Or, notre disposition ne s'occupe pas de la possession du détenteur actuel, peu importe depuis quand elle dure. Ce n'est pas non plus une prescription extinctive, car la loi ne prend en considération ni la négligence, ni la renonciation présumée du propriétaire. Le délai ne comporte ni suspension, ni interruption, c'est une véritable déchéance établie par la

loi et dont le point de départ est le jour où le propriétaire a été dépossédé.

Cette déchéance, établie par la deuxième partie de l'art. 2279, est une exception et doit recevoir une interprétation restrictive. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé, le 16 juillet 1884 (86, I, 407) qu'on ne pourrait appliquer à l'abus de confiance les dispositions de l'art. 2279, relatives au vol d'un effet mobilier.

Par exception à la règle générale, le bailleur d'immeubles a un droit de suite pour les loyers et fermages qui lui sont dus sur les meubles qui garnissent la maison, ou s'il s'agit d'un immeuble rural pour le prix de la récolte de l'année. Le fondement de ce droit est la constitution de gage, au moins tacite, car l'on trouve souvent dans les baux cette clause de style que le preneur garnira l'immeuble de meubles en quantité suffisante pour répondre d'un ou deux termes.

En principe, les objets qui servent de gage échappent au privilège du bailleur dès qu'ils ne sont plus en sa possession, c'est-à-dire qu'ils sont sortis de l'immeuble dont ils garantissaient le prix de location.

Cependant, si le locataire a enlevé ces objets sans l'aveu du locateur ou contre son gré, la loi accorde un délai à celui-ci pour les revendiquer. Ce délai est

de quinze jours s'il s'agit d'une maison ou de quarante jours s'il s'agit du mobilier d'une ferme. Le point de départ est le jour de l'enlèvement des objets.

Si le locataire s'était servi de moyens frauduleux pour faire sortir de l'immeuble les objets servant de gage et que le tiers détenteur soit *concius fraudis*, certains auteurs ont pensé qu'il faudrait placer le point de départ du délai fixé, au jour où la fraude a été découverte (Duranton, XIV, 100 ; Aubry et Rau, III, 150 ; Baudry-Lacantinerie, III, p. 683). Cette opinion est repoussée par d'autres auteurs (Valette, n° 67 ; Glasson, *Rev. prat. de dr. franç.*, t. XXXVI, n° 123) qui pensent qu'il n'y a pas lieu de distinguer les fraudes qui ont pour but de faciliter le déplacement de celles qui tendent à empêcher la revendication, car toutes ont ce double but. La première opinion nous paraît préférable si l'on y ajoute cette réserve que le tiers aura été lui-même *concius fraudis*.

Il y a en effet en présence deux intérêts opposés, celui du locateur et celui du tiers détenteur. Si le législateur a donné par exception un droit de suite au bailleur d'immeubles, c'est sans doute pour le protéger contre la fraude et il a fixé un délai très court pour ne pas laisser incertaine la propriété des objets mobiliers et pour limiter autant que possible le nom-

bre de personnes entre les mains desquelles ont pu passer les objets ; et par suite le recours. Mais si le tiers détenteur a pris part à la soustraction frauduleuse du gage ou si même il l'a connue, il est juste que la loi ne lui accorde pas la même protection qu'au possesseur de bonne foi et que la prescription ne coure en sa faveur que du jour où le bailleur a connu l'enlèvement frauduleux, du jour où il a pu se défendre.

Section II

De l'extinction des privilèges immobiliers et hypothèques.

Nous avons déjà dit qu'ils s'éteignent avec la créance dont ils sont l'accessoire. Tant que les immeubles restent entre les mains du débiteur, les privilèges et hypothèques ne se prescrivent qu'avec la créance garantie ou avec les actions personnelles que le créancier est en droit d'exercer. Les garanties ne sont, en effet, qu'une qualité de la créance. Aussi, d'après la règle *accessorium sequitur principale*, les privilèges et hypothèques s'étendraient avant 30 ans si la créance venait à disparaître avant cette époque.

Si la prescription de la créance était suspendue ou interrompue, il en serait de même de celle des sûretés qui y sont attachées (Cf. Troplong, IV, 874, 877 ; Leroux de Bretagne, *Prescription*, n° 948 ; Laurent, XXXI, n° 385 ; Aubry et Rau, III, p. 292 ; Grenoble, 30 juin 1883 ; S., 89. 2. 166 ; Paris, 17 juin 1837 ; *Journ. du Palais*, 1838, 2, 320 ; Toulouse, 7 mars 1855 ; S., 55. II. 257).

Mais les privilèges et hypothèques peuvent aussi s'éteindre par une prescription propre lorsque les immeubles sur lesquels ils reposent sont passés aux mains d'un tiers détenteur non personnellement obligé à la dette. De quelle nature est cette prescription propre aux privilèges et hypothèques et indépendante de l'obligation principale ?

Certains auteurs soutiennent que c'est une prescription extinctive d'une nature particulière et qui exige pour s'accomplir les conditions requises pour la prescription acquisitive et entre autres la possession (*Sic*, Aubry et Rau, III, n° 293). On ne voit guère, disent-ils, comment la prescription de l'hypothèque pourrait être autre chose qu'une prescription extinctive.

Le créancier hypothécaire a perdu ses droits et le tiers acquéreur n'a fait qu'obtenir la libération de son immeuble qui est devenu entre ses mains, tel qu'il le croyait lorsqu'il est entré sa possession.

Nous sommes portés cependant à y voir une véritable prescription acquisitive, car elle est soumise à toutes les conditions de cette prescription et de plus on peut parfaitement prétendre que le tiers acquéreur n'a obtenu qu'une propriété démembrée lors de la transmission de l'immeuble hypothéqué. Il lui faut acquérir ce démembrement pour arriver à la pleine propriété. Il n'y a pas ici extinction de l'hypothèque par suite de non-exercice. Il faut qu'il y ait *usucapio libertatis*.

Cette discussion ne porte au fond que sur des mots puisque l'on admet des deux côtés qu'il faut remplir les conditions de la prescription acquisitive.

On a vivement critiqué les dispositions de l'art. 2280 et la Commission de 1850 avait proposé de ne pas admettre que la prescription de l'hypothèque pût être indépendante de celle de la créance qu'elle garantit. La loi belge du 16 déc. 1851, art. 108, n'admet la prescription en faveur du tiers détenteur qu'après le délai requis pour la plus longue prescription des droits immobiliers.

Nous croyons que ce point de notre législation ne peut manquer d'être revisé lors de la refonte de notre système hypothécaire. Cette disposition, en effet, est de nature à permettre de frauder facilement le créancier hypothécaire ; ce dernier aura fait le plus souvent un prêt à longue échéance après avoir exigé

aussi des garanties. Si les termes d'intérêts lui sont payés régulièrement il ne s'inquiètera guère de la transmission du bien sur lequel porte son hypothèque.

Il pourra ainsi se voir opposer la prescription du tiers acquéreur et se trouver en face d'un débiteur personnel insolvable. L'on objecte que le sort du tiers acquéreur de bonne foi est aussi digne d'intérêt ? Mais il a toujours un moyen de connaître quelles sont les charges qui grèvent le bien qu'il veut acquérir, c'est de s'adresser au bureau des hypothèques. En réalité, dans l'état actuel de nos mœurs, il l'aura toujours fait, indirectement peut-être ou par un tiers s'il a l'intention de prescrire. En réalité, c'est le plus souvent un véritable *fraudator* dont on ne peut prouver la mauvaise foi. Cette prescription est indépendante de celle de la propriété et tout le monde reconnaît aujourd'hui que tout acte interruptif de la première ne touche pas la seconde. Nous supposons ici qu'un tiers possesseur a acquis l'immeuble *a non domino* et qu'il a deux prescriptions à établir.

Les conditions requises pour la prescription de 10 à 20 ans de l'hypothèque sont celles de la prescription acquisitive, il faut juste titre, bonne foi et possession prolongée.

a) Le juste titre est celui qui a transféré la pro-

priété au tiers détenteur ou qui l'eût transférée s'il était émané du véritable propriétaire. Il importe peu qu'il soit à titre gratuit ou onéreux.

La controverse qui existait dans l'ancien droit sur le point de savoir si la donation d'un père à son fils constituait un titre suffisant ; n'existe plus de nos jours. Personne ne conteste plus qu'il y ait là un titre suffisant. Si cette donation est soumise plus tard au rapport, ce n'est qu'en faveur des cohéritiers du donataire (Arg., art. 83). Il ne saurait profiter à d'autres personnes.

Pour servir de base à la prescription, le titre translatif de propriété doit remplir toutes les autres conditions de validité exigées par l'art. 2267.

Doit-il contenir la déclaration que l'immeuble est franc et quitte de toute charge ? M. Labbé, commentant un arrêt de la Cour de Paris (12 juin 1866 ; S. 67. 2. 38) pense que le silence du titre doit éveiller le soupçon de l'acquéreur, et, par suite, ne peut servir de fondement à la prescription. Ce dernier devait s'attendre à voir surgir des hypothèques et alors l'art. 1653 lui permet d'exiger une caution ou de suspendre le paiement du prix. La solution de M. Labbé nous paraît trop absolue pour être conforme à l'esprit du législateur. Nous croyons que cette difficulté ne peut être tranchée *a priori*, mais qu'il faudra tenir compte surtout de la question de fait. Il appartiendra aux tribunaux de décider si un homme avisé

à la place du tiers acquéreur eût pu supposer l'immeuble libre de toutes charges.

2° La seconde condition nécessaire pour prescrire est la bonne foi. Elle consiste dans l'ignorance des charges hypothécaires dont l'immeuble acquis se trouve grevé (Aubry et Rau).

Duranton (X, 314) prétend que la bonne foi n'est pas nécessaire pour prescrire l'hypothèque, car étant donné la publicité que la loi du 23 mars 1855 exige pour les hypothèques, on ne peut les ignorer. On répond que si la publicité de notre régime hypothécaire permet de connaître les charges qui grevent la propriété, on ne peut cependant décider que tous ceux qui les ignorent sont de mauvaise foi. En ce sens : Troplong, IV, 880 ; Bourges, 31 mai 1836, S. 36. 2. 65 ; Riom, 19 avril 1837, S. 39, II, 881.

Nous avons précédemment donné notre opinion à ce sujet. Nous ne croyons pas, avec Duranton, que notre Code n'exige pas la bonne foi pour la prescription des hypothèques. S'il eût voulu établir une si grave dérogation aux règles générales de la prescription, il l'eût fait en termes exprès. Mais nous pensons qu'il fait fausse route en conservant ici une présomption de bonne foi en faveur du tiers acquéreur. Il ne peut l'être sans être taxé de négligence.

On a prétendu que la connaissance seule de l'existence de l'hypothèque ne suffisait pas pour faire présumer le tiers détenteur de mauvaise foi. On se base pour le soutenir sur ce que l'ancien droit exigeait que le créancier hypothécaire dénonçât l'hypothèque ; or, le Code civil n'a rien changé à cette disposition. Aujourd'hui même, dit-on, le tiers détenteur n'est tenu de restituer les fruits qu'à partir de la sommation de délaisser (Rousseau de Lacombe, III, 1 ; Calclan, VIII, 2). Il est possible, ajoute-t-on, que le tiers considère l'hypothèque comme n'ayant aucune valeur et suppose que l'inscription n'en ait été laissée que par négligence.

Mais, même dans l'ancien droit, les dispositions précitées n'étaient pas générales (Pothier, *Cout. d'Orléans*, XIV, 2). Si les fruits sont acquis aux tiers jusqu'à la sommation de purger, c'est que l'hypothèque ne les atteint pas avant ce moment.

Ou admet encore assez généralement aujourd'hui que le tiers peut être de mauvaise foi, bien que le titre translatif de propriété soit muet au sujet des charges qui la grèvent. Certains auteurs prétendent même que le doute peut rendre de mauvaise foi (Voët, n° 42. *Contra*, Delvincourt, III, 386 ; Grednier, II, 515). Nous pensons qu'il y a là surtout une

question de fait qu'il faut laisser à l'appréciation des juges. Dans certains cas, il peut se faire que le tiers eut de justes motifs de croire qu'une inscription n'est pas valable ou qu'elle ne subsiste que par suite de négligence du propriétaire (Dalloz, *Répert. alphabét., Privilèges et hypothèques*, n° 2507). Il ne suffirait pas que le tiers acquéreur pût croire que le débiteur va payer les hypothèques et libérer l'immeuble acquis (Cass. 1^{er} mars 1895, D. 95, II, 369) ; il n'y aurait là qu'une espérance sans valeur juridique.

Pour être de bonne foi, il faut que le tiers acquéreur puisse croire à l'existence actuelle de son droit (Delvincourt, II, p. 385 ; Aubry et Rau, § 296, p. 492). La bonne foi est toujours présumée (2268). C'est donc au créancier hypothécaire de prouver la mauvaise foi de son adversaire, ce qu'il peut d'ailleurs faire par tous les moyens.

A quel moment la bonne foi a-t-elle dû exister ? Le droit commun (art. 2269) nous conduit à décider que c'est au moment de l'acquisition de l'immeuble.

3° Pour que cette prescription s'accomplisse, il faut en plus une formalité spéciale exigée par l'art. 2180, 4^e al., qui nous dit formellement que « dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne

commence à courir que du jour où il a été transcrit sur les registres du conservateur des hypothèques. »

Il est incontestable, d'après la loi du 23 mars 1855, que, jusqu'à la transcription, le tiers détenteur ne peut opposer son titre au créancier hypothécaire. C'est donc dès ce jour que datera la possession qui doit le conduire à l'usucapion. Mais à ce moment il doit être encore de bonne foi. Nous devons en conclure que le tiers détenteur doit être de bonne foi depuis le jour de l'acquisition jusqu'à celui de la transcription du titre (Cf. Douai, 7 déc. 1893, D. 93, II, 321).

La coutume de Paris (art. 115), dans le but de garantir le créancier hypothécaire, ne voulait pas que le tiers acquéreur pût prescrire si le preneur avait de justes motifs d'ignorer l'aliénation. On se contente aujourd'hui de la transcription du titre translatif de propriété, mesure bien insuffisante, surtout s'il y a eu aliénation *a non domino*.

Si ces conditions ne sont pas remplies, c'est la prescription de trente ans qu'il faut appliquer et non plus celle de dix à vingt ans. Il suffira ici d'une simple possession de fait sans juste titre ni bonne foi.

Le point de départ de cette prescription sera celui de la prise de possession de l'immeuble s'il

n'existe pas de titre, car l'art. 2180, 4^e al., suppose son existence.

4^o La troisième condition exigée d'ailleurs pour toutes les prescriptions (art. 2279), c'est la durée. Ce sera dix à vingt ans si les conditions de l'art. 2229 sont remplies, sinon ce sera trente ans.

La prescription trentenaire, s'il y a un titre, commence à courir, pour la propriété, du jour de la prise de possession. Pour l'hypothèque, si nous supposons un titre, du jour de la transcription de ce titre. Elles aboutissent donc ordinairement à des époques différentes. D'ailleurs, le tiers acquéreur peut être encore de bonne foi en prescrivant la propriété et de mauvaise foi pour les hypothèques. Il acquerra la première par dix à vingt ans et ne prescrira les hypothèques que par trente ans.

Mais nous dirons avec Pothier que la réciproque n'est pas exacte. On ne peut être de mauvaise foi au point de vue de la prescription de la propriété et de bonne foi pour celle des hypothèques.

On ne peut se croire propriétaire d'un immeuble libre d'hypothèque tant qu'on n'a pas acquis la propriété de l'immeuble (Glasson, *Rev. prat.*, XXXVI).

Pour savoir si la prescription s'achèvera au bout de dix ou au bout de vingt ans, c'est le domicile du créancier hypothécaire qu'il faut considérer, puis-

que c'est contre lui que court la prescription (art. 2265).

Il faut aussi appliquer les règles de l'art. 2266 (Troplong, IV, 878 ; Aubry et Rau, p. 293).

Si l'hypothèque appartient à deux créanciers différents et que l'un d'eux se trouve présent et l'autre domicilié hors du ressort de la Cour d'appel, il faudra appliquer distributivement les règles de droit commun. Il y aura prescription pour l'un des créanciers au bout de dix ans et pour l'autre au bout de vingt ans (Cass., 22 nov. 1833, S. 33. 1. 826).

On ne saurait objecter que l'hypothèque est indivisible, car ce caractère ne s'apprécie qu'au point de vue de la créance qu'elle garantit. Il en résulte que, s'il y a deux créanciers solidaires, celui qui peut se prévaloir de l'hypothèque pendant vingt ans ne pourra se voir opposer la prescription décennale acquise contre l'autre, car l'hypothèque est encore dans ce cas la garantie d'une dette due *totaliter*. Elle subsiste donc entière en vertu de la règle *accessorium sequitur principale* (L. 120, D., *De reg. jur.* Cf. Potier, Duranton, XX, 280 ; Troplong, IV, n° 846). Il en serait de même pour une créance indivisible.

Le tiers détenteur qui invoque la prescription peut-il, pour y arriver, joindre à sa possession celle de son auteur ? En d'autres termes, les dispositions

de l'art. 2235 sont-elles applicables à la prescription de l'hypothèque? Il n'y a pas de raison ni de texte qui puisse autoriser à s'écarter du droit commun. Nous devons donc distinguer le cas où le tiers détenteur, poursuivi par le créancier hypothécaire, a acquis l'immeuble à titre universel de celui où il l'a acquis à titre particulier.

a) Dans le premier cas, il ne peut changer le titre de son auteur. Si ce dernier était de bonne foi au début de la possession, son ayant-cause peut prescrire par dix à vingt années, quant il serait lui-même de mauvaise foi. Sinon, il lui faudra trente ans dans tous les cas.

b) Si le tiers détenteur est acquéreur à titre particulier et qu'au début de sa possession il ait été de bonne foi, il ne pourra bénéficier de la possession de son auteur que s'il était lui-même de bonne foi quand il a commencé d'usucâper, sinon il ne profitera que de sa seule possession (Vazeilles, II, 491 ; Troplong, II, 932 et 937 ; Duranton, XXI, 238 ; Douai, 7 décemb. 1893, D. 94. 2. 321, note de M. Poncet).

La raison juridique de cette divergence est que, dans le cas où l'auteur est de mauvaise foi et l'acquéreur au contraire, de bonne foi, ils tendent l'un et l'autre, vers des prescriptions de nature différente. Le premier, pourra se prévaloir d'une prescription

extinctive, fondée sur l'inaction et la négligence du créancier hypothécaire et sur l'inutilité de grever la propriété d'une charge réelle : l'autre aura besoin, pour prescrire, d'une possession ayant les qualités requises par l'art. 2229. Or, il est certain que l'art. 2235, qui autorise la jonction des possessions, n'a pas voulu la réunion de deux choses absolument disparates, mais qu'il n'a entendu parler que de la jonction de deux prescriptions acquisitives.

La place de cet article et le mot « possession » qui s'y trouve, ne laissent aucun doute à cet égard. Il s'agit de la possession dont parle l'art. 2229, et il ne saurait en être question dans la prescription extinctive (C. Rouen, 30 mars 1895, D. 95. II. 209 et note de M. Dupreich ; Leroux de Bretagne, II, n° 969, p. 134 ; Glasson, *Rev. pr. de dr. franç.*, XXXVI, p. 112).

Section III

Des causes qui interrompent et suspendent cette prescription.

Cette prescription qui court en faveur du tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, peut être, comme toute prescription, interrompue ou suspen-

due. Ici encore nous allons voir se manifester l'indépendance de l'hypothèque et de la créance. Nous avons vu que le juste titre et la bonne foi s'appréciaient dans les rapports seuls du créancier hypothécaire et du tiers acquéreur, indépendamment de ceux que le débiteur de la créance peut avoir avec le créancier ou le tiers acquéreur ; que le délai de la prescription acquisitive s'apprécie par rapport aux domiciles du tiers acquéreur et du créancier (art. 2265, 2266 Troplong, IV, 87 ; Pont, n° 1254). De même les causes d'interruption de la prescription ne s'apprécient que dans les rapports directs du créancier hypothécaire avec le tiers acquéreur. Elle est absolument indépendante de la prescription de l'action personnelle du créancier contre le débiteur principal.

On ne peut en effet étendre à l'hypothèque les dispositions de l'art. 2250, à l'égard de la caution. Le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, est absolument étranger aux rapports du créancier hypothécaire et du débiteur principal. Il ne peut être touché par l'interpellation adressée à ce dernier, ni par la reconnaissance qu'il aurait faite de la dette (2250). C'est pour lui une *res inter alios acta*. Il n'est pas représenté par le débiteur principal (*Sic* Glasson, *Rev. prat. de dr. fr.*, t. XXXVI).

C'est encore en vertu de ce principe de l'indépen-

dance de l'hypothèque et de la créance garantie par elle que la prescription de l'hypothèque établie pour sûreté d'une créance conditionnelle ou à terme court au profit du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué avant l'accomplissement de la condition ou l'échéance du terme. Déjà, sous l'ancienne jurisprudence, le créancier hypothécaire pouvait agir en reconnaissance d'hypothèque contre le tiers détenteur avant l'arrivée du terme ou de la condition. C'est précisément ce principe qui avait amené la création de l'action en déclaration d'hypothèque pour interrompre cette prescription (*Grand coutumier*, liv. II, tit. 33 ; Remisson, *Traité de la subrogation*, chap. V, n° 54 ; Lebrun, *des Successions*, IV, chap. I, n° 83 ; Pothier, *de l'hypothèque*, III, p. 6 ; Rousseau de Lacombe, *Prescript.*, sect. II, n° 6).

C'est encore cette solution qu'il faut admettre dans notre droit moderne. On objecte parfois que l'art. 2257 décide que la prescription ne court à l'égard d'une créance sous condition ou à terme qu'à partir de l'arrivée du terme ou de la condition. Mais l'art. 2257, ainsi que ses termes l'indiquent, ne s'applique qu'aux droits personnels et non point aux droits réels. Les motifs qui l'ont dicté, ne visent pas ces derniers. La prescription des droits personnels est basée uniquement sur la négligence du créancier. Le débiteur ne peut, en effet, ignorer l'exis-

tence de sa dette ni les modalités dont elle est affectée. La prescription acquisitive des droits réels au profit d'un tiers est fondée au contraire sur la possession ou quasi-possession et le tiers détenteur est censé ignorer les droits qu'on peut lui opposer.

(V. Observation de la Cour de Cass. sur le projet de Cod. pr. S. 9, I. 4, art. 17; Civ. rej. 6 mai 1811, S. 12. I. 43; Cass. 27 avril 1812, S. 12. I. 300; Nîmes, 18 nov. 1830, S. 31. 146. Voir aussi Delvincourt, II, 368 et III, 387; Toullier, VI, 527; Duranton, XX, 312; Troplong *Priv. et hypoth.*, III, 78; IV, 886).

Cependant la solution contraire a été adoptée dans divers arrêts (Besançon, 19 nov. 1855, S. 56. II, 299. Req. rej., 10 nov. 1857, S. 58. I. 397; Paris, janvier 1866, S. 67. II, 33; Cass. 9 juill. 1879, D. 19. I. 343. Paris, 26 juin 1888, D. 89. I. 119; Nancy, 16 nov. 1889, 91.S. II. 161.

Ces arrêts admettent que l'art. 2257 a une portée générale qui s'étend aussi bien aux droits réels qu'aux droits de créance. Nous avons réfuté cette opinion. Le Code civil a adopté la doctrine de l'ancien droit, car s'il eût voulu s'en écarter il l'eût fait en termes exprès. L'art. 2257, est une exception en faveur des créanciers personnels à la règle générale écrite dans l'art. 2251, mais elle ne saurait être étendue au créancier d'un droit réel. Cependant cer-

tains auteurs se rangent à l'avis de la jurisprudence. Malleville ne se prononce pas nettement sur cette question. Vazeilles pense que l'action en déclaration d'hypothèque a été abolie tacitement et remplacée par la formalité de l'inscription. Thézard (*Revue crit. de lég.*, XXXIII, année 1868, 2^e partie, p. 385) distingue si le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué prescrit sans titre, ou l'a acquis *a non domino*, il peut, dans ce dernier cas, prescrire *pendente conditione*, mais s'il est ayant-cause du débiteur ou a acquis *a domino*, alors, dit-il, il faut appliquer l'art. 2257. Cette théorie mixte n'est admise ni par la jurisprudence, ni par la doctrine. Nous ne l'admettrons pas non plus. Le tiers détenteur n'est, en effet, jamais tenu avec le débiteur vis-à-vis du créancier hypothécaire. Il n'a pas d'engagement personnel et ne peut être poursuivi que *propter rem*.

Si cependant le tiers poursuivi par le créancier hypothécaire, invoquait la prescription non plus de l'hypothèque seule, mais aussi de la créance, il deviendrait alors un ayant-cause du débiteur et pourrait voir le créancier invoquer contre lui les mêmes exceptions que ce dernier pourrait invoquer contre le débiteur.

Par exemple, si la dette est divisible et n'a été prescrite que pour partie seulement, il ne pourra

repousser le créancier qui poursuit pour cette partie.

Cette indépendance de l'hypothèque et de la créance dont nous venons de voir les applications n'empêche pas que l'extinction de la créance amène immédiatement celle de l'hypothèque. Cette dernière n'est qu'accessoire et la créance principale. Si celle-ci vient à disparaître, le créancier hypothécaire ne peut plus exercer son droit faute d'objet (Cf. Glasson, *Rev. prat. de dr. fr.*, XXXVI, n° 137, Aubry et Rau, II, § 214, Baudry-Lacantinerie, III, 1076.

§ 1. — *Causes d'interruption.*

Quelles sont les causes d'interruption de la prescription des hypothèques ?

Il y a d'abord l'action en reconnaissance qui, nous l'avons vu, est encore possible dans notre droit et qui, une fois exercée, ne permet plus au tiers détenteur de prescrire que par trente ans. Les autres causes sont indiquées dans les art. 2242 et suivants. Ce sont :

a) Les causes naturelles qui amènent une privation de jouissance pendant plus d'un an, art. 2243 et qui s'appliquent aussi bien à la prescription ac-

quisitive qu'à la prescription extinctive des droits réels.

b) Les causes civiles telles que citation en justice, commandement, citation en conciliation, reconnaissance. Les trois premières sont des actes d'interpellation qui s'appliquent aux hypothèques comme aux autres droits.

La citation en justice interrompt la prescription, alors même qu'elle serait faite devant un juge incompetent *rationæ materiæ*, car il n'en subsisterait pas moins une manifestation formelle de la volonté du créancier d'exercer ses droits. Mais il ne faut pas assimiler, comme le fait Marcadé (sur l'art. 2246, n° 3) ce cas à celui où l'assignation reste sans effet parce qu'elle s'adresse à un juge incompetent à celui où elle est nulle pour défaut de forme, car ici la volonté du créancier n'est pas exprimée juridiquement, puisqu'elle l'a été dans un acte réputé non avenu. Dans le premier cas l'incompétence du juge n'infirme pas la validité de l'acte et par suite, l'expression de volonté du créancier hypothécaire (Aubry et Rau, II, § 215). La prescription ne serait pas interrompue si la citation manquait son effet, soit parce que le créancier a cessé ses poursuites, soit parce qu'il a laissé prononcer la péremption de l'instance.

Le premier acte, dans ce cas, ne doit pas être considéré comme sérieux.

2° Le commandement de payer ne peut être adressé au tiers acquéreur puisqu'il n'est pas tenu personnellement de la dette, mais il faut lui assimiler la sommation de payer ou de délaisser. Par l'effet de cette sommation, le créancier affirme son droit et manifeste la volonté de l'exercer, le tiers détenteur ne pourra plus être de bonne foi. Il est tenu, à partir de ce moment, de payer jusqu'aux intérêts du capital, s'il ne préfère délaisser. Cette opinion n'avait pas été admise par la jurisprudence. La Cour de cassation avait jugé d'abord (Req. rej. 28 nov. 1831, S. 32. I. 24) que cette sommation ne suffisait pas pour interrompre la prescription, car elle n'était pas comprise dans l'énumération de l'art. 2244. Mais elle s'est rangée aux raisons que nous venons de donner et aux arguments qu'on pouvait tirer en faveur de cette opinion des art. 2169, 2176, 2244. Elle a assimilé la sommation au tiers acquéreur en matière d'hypothèques au commandement (Req. rej. 27 déc. 1854, S. 44. I. 113, D. 55. I, 52). Cette sommation resterait sans effet si elle était périmée par discontinuité de poursuites pendant trois ans (arg. art. 2176); si elle n'avait pas été précédée d'un commandement au débiteur ou si ce commandement était entaché de nullité (Dall. *Rép. juris. Proc. civile*, n° 500, note 4).

La sommation faite au tiers détenteur par un créancier de se présenter à l'ordre ouvert pour la distribution du prix et d'y faire valoir ses droits, serait aussi interruptive de prescription (Riom, 2 janvier 1858, S. 58. II. 188. Cf. Troplong, II, 519 ; Aubry et Rau, II, p. 353, note 24).

3° La citation en conciliation est aussi interruptive de prescription, mais à condition qu'elle soit suivie d'une assignation valable en la forme et dans les délais prévus par l'art. 57 du C. de proc. civ.

On pouvait se demander si la simple inscription hypothécaire, prise par le créancier, aurait suffi pour interrompre la prescription à l'encontre du tiers détenteur. L'art. 2180, 4^e al., ne laisse pas de doute à ce sujet, et décide que cette inscription est inefficace. Cette hypothèse pouvait se présenter pour les hypothèques légales (L. 22 mars 1855, art. 85, ou en cas de renouvellement.

Il faut que l'acte interruptif s'adresse directement au tiers détenteur et qu'il le touche. Les poursuites exercées contre le débiteur ne suffisent point pour interrompre la prescription du tiers détenteur.

4° La reconnaissance par le tiers acquéreur du droit du créancier hypothécaire, fait disparaître la présomption de bonne foi, en même temps qu'elle interrompt la prescription. Dès ce moment il lui faudra trente ans d'après l'art. 2262. Cette reconnaissance

doit être formelle, mais elle n'est soumise par le Code à aucune formalité. Elle peut même être tacite. La question de preuve sera régie par le droit commun (Troplong, II, 64; Aubry et Rau, II, p. 356; Glasson, *op. cit.* n° 144; Riom, 1858, S. 58. II. 188).

La reconnaissance de l'hypothèque résulte-t-elle de la notification que le tiers détenteur a faite de son titre aux créanciers hypothécaires et des offres dont il l'a accompagnée afin de purger l'immeuble des hypothèques qui le grèvent? La question a été vivement débattue. L'opinion générale est que l'accomplissement de cette formalité interrompt la prescription qui court en faveur du tiers détenteur. Pour opérer la purge, celui-ci est obligé, en vertu de l'art. 2184, de s'engager à payer sur le prix de l'immeuble et jusqu'à concurrence de ce prix toutes les dettes et charges hypothécaires, or cet engagement ne se prescrit que par trente ans. Il y a là une reconnaissance implicite des droits des créanciers (*Sic* Troplong, VI, 883 *bis*; Pont n° 1249; Persil, *Rég. hypoth.*, 2184; Riom, 28 janv. 1858, S. 58. II. 188; Nîmes, 27 mai 1857, S. 57. II. 609). On peut répondre à cet argument que l'engagement pris par le tiers détenteur n'est que conditionnel.

Il ne fait que remplir une formalité que lui impose la loi. On peut d'autant moins la prendre pour une

reconnaissance des droits des créanciers hypothécaires, que ce ne sera que plus tard, dans la procédure d'ordre, que seront vérifiés leurs titres.

Les partisans de l'opinion adverse répliquent que le législateur a bien vu dans cet engagement un acte interruptif de prescription puisqu'il interdit dès ce moment aux créanciers de faire une sommation de payer ou de délaisser. La réponse est facile, les créanciers n'ont plus besoin de cette sommation puisque la procédure est plus avancée ; ils n'ont plus qu'à poursuivre l'ordre jusqu'à sa clôture. Ils peuvent encore, s'ils le préfèrent, intenter une action en reconnaissance d'hypothèque (Leroux de Bretagne, II, 982 ; Aubry et Rau, III, § 294, n° 40 ; Glasson, *Rev. prat.* XXXVI, n° 145 ; Grenoble, 10 mars 1827, S. 28. II. 41 ; Bordeaux, 15 janv. 1835, S. 35. II. 248 ; *Civ. rej.* 6 mars 1840, D. 40. I. 217 ; Douai, 17 nov. 1863, S. 64. II. 253. Cpr. Cass. 2 avril 1845, D. 45. I. 51).

Nous devons ajouter que de même que les interpellations n'interrompent la prescription qu'autant qu'elles sont adressées directement au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué et le touchent, de même l'acte de reconnaissance interruptif de la prescription n'a d'effet à cet égard qu'autant qu'il est formel et qu'il s'adresse directement à un créancier hypothécaire déterminé.

S'il s'agissait d'hypothèques légales ce ne serait

plus les formalités de l'art. 2183 et 2184 que le tiers détenteur devrait remplir, mais celles de l'art. 2194. Mais en tenant le même raisonnement *mutatis mutandis* nous arriverions à des conclusions identiques.

§ II. — *Causes de suspension de la prescription.*

La prescription qui court contre le créancier hypothécaire au profit du tiers détenteur peut être suspendue si l'on se trouve en face d'une personne en faveur de laquelle la loi le décide.

Il en est ainsi pour les mineurs même émancipés puisque les textes n'établissent pas de distinction, les interdits judiciairement et les femmes mariées. Pour les mineurs et interdits ce bénéfice ne peut être invoqué que par eux, et ne profite pas à leurs co-créanciers. Nous avons déjà vu cette règle en étudiant l'extinction des servitudes.

Mais on peut objecter ici que l'hypothèque est un droit indivisible et que notre règle ne s'applique pas en matière réelle indivisible ni même lorsqu'il s'agit d'obligations indivisibles.

L'on répond que si l'hypothèque est indivisible la dette ne l'est pas nécessairement et alors les héritiers mineurs du créancier hypothécaire profiteront seuls de la suspension de la prescription.

L'art. 2221 se place dans un autre ordre d'idées. Il suppose que l'immeuble hypothéqué est tombé dans le lot d'un des cohéritiers du débiteur. Il lui permet de ne payer que la part de la dette dont il est tenu personnellement et de se considérer comme tiers détenteur pour le reste à l'égard du créancier hypothécaire.

La prescription n'est suspendue, en faveur de la femme mariée, que dans deux cas seulement : 1^o lorsque le mari s'est rendu acquéreur d'un immeuble hypothéqué au profit de la femme. L'art. 2257 décide, en effet, que la prescription ne court pas entre époux ; 2^o lorsqu'un immeuble grevé de l'hypothèque légale de la femme a été vendu par le mari à un tiers. Dans ce cas, il n'est pas possible, pendant le mariage, d'intenter une action hypothécaire contre le tiers acquéreur car elle rejaillirait contre le mari qui est garant de l'aliénation.

La suspension de prescription dans ces deux cas ne subsiste que pendant la durée du mariage, mais elle n'est atteinte ni par la séparation de corps, ni par celle de biens, le mariage n'est pas dissous. Il en est ainsi même depuis la loi du 6 février 1893, qui accorde à la femme, en cas de séparation de corps, la pleine capacité d'exercice de ses droits et actions. La prescription courra de nouveau à partir de la mort de l'un des époux ou du divorce (Bor-

deaux, 16 nov. 1883, S. 84. II. 247 ; Rouen, 16 nov. 1883 ; Dall., *Privil. et Hypoth.*, n° 2543).

La prescription est encore suspendue dans les cas prévus par l'art. 2256, et toujours pour le même motif. On suppose qu'un tiers a acquis un immeuble en vertu d'un titre soumis à la garantie du mari.

Si le tiers détenteur avait des droits réels, servitudes ou hypothèques, sur l'immeuble qu'il a acquis, la prescription de ces droits est suspendue à son profit pendant le temps qu'il est en possession (Pothier, *Bail à Rente*, n° 169).

Ils renaîtront après le délaissement ou l'adjudication faite sur lui, 2177.

Enfin, si d'autres personnes avaient des droits sur cet immeuble délaissé et qu'ils aient été éteints par la prescription en faveur du tiers détenteur, ils revivraient car la prescription ne s'accomplit pas *ipso jure*, il faut qu'elle soit opposée par quelqu'un. Or, le tiers ne peut le faire faute d'intérêt, les autres créanciers hypothécaires non plus, car ils ne sont pas ses ayants cause.

Enfin, l'article 2281 du Code civil s'applique aussi à la prescription des hypothèques, car il y a là un droit acquis. Mais si la prescription commencée sous l'ancienne loi est interrompue et recommence ensuite à courir ce sera conformément à la loi nouvelle. Cette question ne présente plus guère d'intérêt aujourd'hui.

CONCLUSION

Après avoir établi la notion simple du lien qui existe entre les personnes et les choses et fait de celles-ci des biens, après avoir affirmé le principe de la propriété absolu, exclusif, perpétuel, le législateur, pour répondre à divers besoins sociaux, a dû sanctionner certains démembrements, certaines restrictions à ce droit. Mais il ne l'a fait qu'avec une grande réserve lorsque la nécessité s'en faisait sentir, et pour ainsi dire à regret. Il a établi les servitudes réelles dans l'intérêt des héritages, mais il s'est empressé d'en décréter la suppression dès que le non usage suffisamment prolongé a pu faire présumer une renonciation de la part du propriétaire du fonds dominant ; ou que l'inutilité de cette gêne apportée au fonds servant, lui a parue démontrée.

Il en est de même pour les servitudes personnelles. Le législateur n'a accordé qu'une existence temporaire et restreinte au droit d'usufruit, d'usage et d'habitation, parce qu'il lui a paru illogique que celui qui est propriétaire d'un fonds ne jouisse pas de ses fruits.

Il a considéré cet état de choses comme une anomalie et a décidé l'extinction anticipée de ce droit déjà purement temporaire, dès que l'inaction du titulaire permettait de supposer une renonciation de sa part, ou que sa négligence faisait présumer l'inutilité de cette charge.

Il a consolidé le droit du nu-propriétaire qui, de bonne foi, pendant un temps déterminé, a recueilli les fruits, pourvu à l'entretien et amélioré l'immeuble.

Il a considéré enfin, que les privilèges et hypothèques étaient des droits accessoires qui doivent s'éteindre non seulement avec la créance qu'ils garantissent, mais aussi dès que leur utilité ne se fait plus sentir. Il a confirmé le droit du tiers détenteur de bonne foi en le débarrassant au bout d'un certain temps de ces charges qui grevaient sa propriété.

D'une façon générale le législateur a pensé qu'il importait au bien-être social que la propriété fût libre et débarrassée de toutes entraves entre les mains du propriétaire, qu'il ne fallait pas qu'il vînt à l'esprit de ce dernier que son intérêt était de ne pas lui consacrer tous ses soins et de la laisser improductive, ce qui n'aurait pas manqué de se produire dès que tous les revenus auraient été absorbés par les tiers possesseurs de droits réels. Aussi a-t-

il décrété l'extinction de tous ceux qui pendant un certain temps n'auraient pas été exercés. C'est en souvenir de la tradition que les auteurs du Code ont fixé ce délai à trente ans.

VU :

Le Président de la thèse,
LÉON MICHEL.

VU :

Le Doyen de la Faculté,
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

INTRODUCTION.	Pages 3
1^{re} PARTIE	
CHAPITRE I. — <i>De la propriété</i>	5
Section. I — § 1. — Ce droit ne s'éteint pas par la prescription	6
§ 2. — L'action en revendication non plus.	7
Section II. — De la superficie	12
Section III. — De l'emphytéose	14
II^e PARTIE	
Des droits réels autres que la propriété	
CHAPITRE I. — <i>Des servitudes réelles</i>	20
Section I. — Leur extinction par la prescription de trente ans	20
§ 1. — En cas de cessation de la servitude.	25
§ 2. -- Par suite de non usage.	33
Section II. — Prescription du mode de servitude	39
CHAPITRE II. — <i>Des servitudes personnelles.</i>	55
Section I. — Usufruit. Son extinction par la pres- cription de trente ans.	55
Section II. — Usage et habitation	67
CHAPITRE III. — <i>De l'extinction des servitudes par la prescription de 10 à 20 ans</i>	68
Section I. — De l'usufruit.	»
Section II. — Des servitudes réelles.	73

CHAPITRE IV. — <i>De l'extinction des privilèges et hypothèques par la prescription.</i> . . .	80
Section I. — De l'extinction des privilèges mobiliers	
Section II. — De l'extinction des privilèges immobiliers et des hypothèques . . .	90
Section III. — Causes qui interrompent ou suspendent cette prescription. . . .	102
§ 1. — Causes d'interruption	107
§ 2. — Causes de suspension.. . . .	113
CONCLUSION.	117

